

De la nature juridique

des

Concessions de travaux publics

THÈSE POUR LE DOCTORAT

Présentée et soutenue le vendredi 9 février 1923 à 3 h. 1/2.

PAR

Edmond RIEU

Président : M. BERTHÉLEMY, *doyen.*
Suffragants { MM. CAPITANT, *professeur.*
BASDEVANT, *professeur.*

PARIS (Ve)

MARCEL GIARD, Libraire-Éditeur

16, RUE SOUFFLOT ET 12, RUE TOULLIER

1923



Digitized by the Internet Archive
in 2026

THÈSE
POUR LE DOCTORAT

***La Faculté n'entend donner aucune approbation
ni improbation aux opinions émises dans les thèses;
ces opinions doivent être considérées comme propres
à leurs auteurs.***

FACULTÉ DE DROIT DE L'UNIVERSITÉ DE PARIS

De la nature juridique des Concessions de travaux publics

THÈSE POUR LE DOCTORAT

Présentée et soutenue le vendredi 9 février 1923 à 3 h. 1/2.

PAR

Edmond RIEU

Président : M. BERTHÉLEMY, *doyen.*
Suffragants { MM. CAPITANT, *professeur.*
BASDEVANT, *professeur.*

PARIS (Ve)

MARCEL GIARD, Libraire-Éditeur
16, RUE SOUFFLOT ET 12, RUE TOULLIER

1923

INTRODUCTION

La concession de travaux publics a été considérée jusqu'à ces dernières années comme un contrat d'une nature spéciale. Pour la définir, on disait contrat « sui generis », contrat du droit public ou contrat administratif.

On admettait en principe que ce contrat — comme tous les contrats du droit civil — ne pouvait être modifié qu'avec le consentement des deux parties en cause. Cette conception de la concession s'expliquait facilement, les premières concessions accordées n'étant pas, en effet, susceptibles d'offrir d'importantes difficultés d'exploitation.

Mais, au cours du xix^{me} siècle, les services publics concédés prirent un développement considérable.

Ce fut à des concessionnaires que l'administration s'adressa pour construire sur tout le territoire des lignes de chemins de fer; ce fut également à eux

que les communes demandèrent d'établir des canalisations pour l'eau, le gaz et l'électricité. En un mot, c'est par eux que furent exécutés presque tous nos grands travaux publics : lignes de tramways, canaux, abattoirs, ports, etc....

Il est facile de comprendre qu'il était impossible de prévoir au moment de la passation du contrat de concession toutes les modifications qu'il y aurait lieu d'apporter plus tard à l'organisation du service. Comment, en effet, se rendre compte à l'avance du développement que prendraient, par exemple, les lignes de chemins de fer concédées et des améliorations dont elles seraient susceptibles ?

La question se posa donc de savoir si, sous prétexte que la concession était un contrat, l'administration devait attendre la fin de la concession pour remédier aux imperfections qui se révélaient dans l'organisation du service ? Ne pouvait-elle pas, au contraire, prendre par voie réglementaire les mesures qu'il convenait pour assurer une meilleure exploitation du service ? En un mot, n'était-elle pas en droit d'apporter par voie unilatérale des modifications aux cahiers des charges des concessions ?

Autant de points qui furent vivement discutés !

Les concessionnaires de travaux publics prétendaient que le contrat de concession formait un bloc intangible qui ne pouvait être modifié qu'avec le consentement des deux parties en cause.

L'administration, au contraire, affirmait qu'il lui appartenait de surveiller la bonne marche des services publics concédés et de prendre, à cet effet, les mesures nécessaires.

De nombreuses difficultés se présentèrent.

Le Conseil d'Etat fut appelé dans bien des cas à trancher les litiges qui naquirent à ce sujet entre l'administration et les concessionnaires.

Dans quel sens fixa-t-il sa jurisprudence ?

Reconnut-il à la concession de travaux publics les caractères d'un contrat intangible ? Permit-il, au contraire, à l'administration concédante de modifier par voie unilatérale certaines dispositions du cahier des charges des concessions ?

Dans quels cas fit-il triompher les recours des concessionnaires de travaux publics ayant pour but, soit d'obtenir l'annulation des actes du législateur ou de l'administration portant modification au cahier des charges des concessions, soit d'être dédommagés par une indemnité des charges nouvelles qui leur seraient imposées par voie réglementaire ?

Récemment, au cours de la dernière guerre, la haute juridiction administrative eut encore une nouvelle difficulté à résoudre en matière de concession de travaux publics :

Les contrats de concession interviennent toujours pour de longues années. Pendant la durée de la concession, des événements imprévus et même imprévisibles peuvent donc survenir.

Le juge administratif estima-t-il que dans ce cas les stipulations contractuelles devaient être modifiées? Jugea-t-il que les concessionnaires de travaux publics étaient fondés à conserver leur situation ? Permit-il au contraire, à l'administration concédante de demander la résiliation du contrat?

Telles sont les questions que nous aurons à envisager au cours de cette étude. Questions délicates, certes, et qui ont soulevé de nombreuses difficultés. Nous n'aurions pas osé les aborder si la jurisprudence du Conseil d'Etat et une grande partie de la doctrine ne nous avaient déjà ouvert la voie et fourni les directives nécessaires.

CHAPITRE PREMIER

La Concession de travaux publics telle qu'elle était envisagée autrefois.

En France¹, la concession des travaux publics a été longtemps envisagée comme un contrat qui faisait, suivant la forte expression du code civil, la loi des parties et auquel aucune modification ne pouvait être apportée, à moins que les parties en cause n'aient prévu les changements possibles.

1. Dans d'autres pays, tels que l'Allemagne et la Suisse, la concession de travaux publics a toujours été envisagée, au contraire, comme un acte unilatéral de la puissance publique. « La concession du chemin de fer, écrivait Otto Mayer (*Droit administratif allemand*, t. IV p. 164) est un acte de droit public, un acte de souveraineté; par conséquent, il ne peut en découler des droits de l'entrepreneur contre l'Etat. L'Etat pourra, à tout moment, restreindre ou révoquer ce qu'il a accordé : « qui suo jure utitur, neminem laedit ». Nous signalerons encore une dépêche du conseil fédéral suisse en date du 16 juin 1871, relative au caractère juridique des concessions et ainsi conçue : « Les concessions sont des actes de souveraineté. L'Etat ne pactise pas avec la société du chemin de fer sur l'exercice de sa souveraineté, pas plus qu'avec les aubergistes, pharmaciens, bouchers, etc..., auxquels il accorde des concessions. (Cie du chemin de fer de l'Ouest contre confédération suisse).

Cette conception de la concession de travaux publics s'explique facilement, si l'on n'oublie pas que dans les pays susvisés, l'Etat et les

La jurisprudence était formelle sur ce point : La Cour de Cassation par un arrêt en date du 2 mai 1873 avait déclaré que « le cahier des charges imposé à une compagnie de chemins de fer n'était autre chose qu'un contrat intervenu entre l'Etat et cette compagnie ».

Le Conseil d'Etat, de son côté, avait affirmé qu'un Préfet ne pouvait pas imposer à une compagnie de tramways concessionnaire, d'augmenter le nombre des trains en circulation par jour, « le nombre des voyages fixé par le cahier des charges constituant un minimum contractuel, qui ne pouvait être modifié que par l'accord réciproque des parties » (C^{ie} des chemins de fer économiques du Nord, Conseil d'Etat, 23 janvier 1903).

Cette thèse, qui était celle de tous les commissaires du gouvernement dans leurs conclusions en Conseil d'Etat avait été formulée par M. Gomel dans les termes suivants : « Tous les rapports que le contrat de concession peut faire naître entre le concessionnaire et l'autorité concédante se trouvent régis par la convention intervenue avant la concession et par le cahier des charges qui est l'annexe de cette convention. Il n'est pas plus permis à la partie concédante de chercher à modifier postérieurement les clauses du cahier des charges que le concessionnaire n'a le droit de se

communes ne sont pas considérés comme des personnes morales capables de contracter, mais bien comme « des fonctions, des charges, exercées par certains hommes au profit de certains autres ». (Hölder Natürliche und juristische Personen).

soustraire aux stipulations contenues dans ce cahier. Le cahier des charges est le contrat : il fixe les engagements réciproques, il énumère les droits et les obligations des deux parties et aucune d'elles ne peut y apporter la moindre dérogation ».

Mais, cette jurisprudence n'avait défini la nature juridique de la concession de travaux publics qu'en ce qui concerne les rapports de l'administration et du concessionnaire.

Vis-à-vis du public, au contraire, la Cour de Cassation avait estimé que « les tarifs dûment homologués avaient le caractère d'une loi » et qu'un traité intervenu entre deux compagnies de chemins de fer (la compagnie du Nord et la compagnie de l'Ouest en l'espèce) « approuvé par décret et publié avec ce décret au bulletin des lois en constituait une partie intégrante et participait dès lors de la force obligatoire qui lui appartenait à l'égard de tous » (Cour de Cassation 2 mai 1908). De son côté, le Tribunal des conflits avait conféré aux taxes de péage perçues par le concessionnaire le caractère d'un impôt indirect. (Affaire Astugue, 9 mai 1851).

En présence d'arrêts aussi contradictoires, on comprend combien il avait été difficile de trouver une analogie quelconque entre le contrat de concession et les diverses conventions régies par le code civil !

Les avis les plus divers avaient été présentés à ce sujet : Toutefois, l'unanimité avait été complète pour

reconnaître que la concession de travaux publics ne comportait aucun transfert de droits réels. A la vérité, quelques difficultés s'étaient bien présentées sur ce point, dès le début, à l'égard des concessions de chemins de fer. Certaines de ces concessions avaient été, en effet, accordées à perpétuité; diverses lois avaient, en outre, admis que les compagnies concessionnaires avaient le droit d'hypothéquer la concession (lois des 13 juillet 1837 approuvant la concession du chemin de fer d'Alais à la Grande-Combe; du 1^{er} août 1839; du 5 juillet 1840, etc...) Mais, le droit de propriété du concessionnaire sur le chemin de fer n'avait pu être soutenu plus longtemps, la loi du 15 juillet 1854 ayant disposé que « les chemins de fer faisaient partie de la grande voirie ».

Le Conseil d'Etat, par un arrêt du 8 février 1851, dissipa enfin toute confusion en décidant que : « quelles que soient les dispositions particulières de certaines clauses des actes constitutifs de la concession, le chemin de fer n'appartenait pas à la compagnie, à laquelle l'exploitation temporaire en avait été concédé, mais qu'il faisait partie du domaine public ».

Bien plus, la Cour de Cassation par un arrêt du 15 mai 1861 (Sirey, 1861, 1 p. 891) ajouta que les compagnies n'avaient non seulement aucun droit de propriété sur la concession, mais encore que la jouissance de ces compagnies sur la concession, quelle qu'en soit l'importance et la durée, n'avaient jamais les

caractères d'un usufruit, d'une emphythéose ou de tout autre droit analogue emportant un démembrement de la propriété publique ».

On avait alors émis l'opinion que le contrat de concession tenait du contrat de droit civil appelé le louage d'ouvrage, ainsi défini par le Code : « Le louage d'ouvrage est un contrat, par lequel l'une des parties s'engage à faire quelque chose pour l'autre moyennant un prix convenu par elles ». Certes, quelques ressemblances pouvaient être relevées entre les deux contrats : Le concessionnaire s'engage, en effet, dans un grand nombre de cas, à construire comme un salarié ou un entrepreneur ordinaire un ouvrage public pour le compte de l'administration. Mais, les différences entre les deux actes n'en restaient pas moins très saillantes : D'abord, l'entrepreneur et le concessionnaire ne sont pas rémunérés de la même façon : le premier reçoit, dès que son travail est terminé, une somme fixée à l'avance par les deux parties ; le deuxième n'obtient de l'administration, en guise de paiement, que le droit de percevoir une redevance sur ceux qui useront de son travail. De plus, le concessionnaire est toujours investi pour l'exécution des travaux de tous les droits que les lois et règlements en vigueur confèrent à l'administration. Non seulement il exige du public les redevances permises, mais encore il exproprie, exerce au nom de l'administration les droits de police sur les travaux concédés et peut enfin imposer aux proprié-

taires qui ont été avantagés par l'exécution des travaux publics, la participation aux dépenses de ces travaux, conformément à l'article 30 de la loi du 16 septembre 1807.

En définitive, on avait essayé d'établir une comparaison entre la concession de travaux publics et l'entreprise ou marché de travaux publics. Ces deux contrats sont, en effet, soumis au même contentieux en vertu de l'article 4 de la loi du 28 pluviôse an VIII. Mais, le marché de travaux publics n'est en somme qu'un simple louage d'ouvrage, alors même que l'entrepreneur se serait engagé à fournir les matériaux nécessaires. Les différences que nous avons signalées plus haut entre la concession et le louage d'ouvrage apparaissaient donc immédiatement si l'on continuait à pousser plus loin la comparaison entre la concession et l'entreprise de travaux publics.

Aussi, en raison de l'impossibilité qu'il y avait de classer le contrat de concession parmi les divers contrats du droit civil ou du droit administratif, on avait fait de la concession un contrat *sui generis*¹, un contrat spécial, qui n'avait pas son semblable. « Le contrat de concession », disait M. Aucoc dans ses conférences sur le droit administratif (T. II. p. 426) « est une convention qui a un *caractère spécial* et n'a pas d'analogue dans le droit civil ».

1. Christophle et Augé. *Traité théorique et pratique des travaux publics*, t. II.

Cependant, il est permis de se demander si une telle explication était bien convaincante et si cette définition correspondait exactement à la nature juridique de la concession.

Nous ne le croyons pas. Si, en effet, la concession est un contrat, il est inutile d'accoler à ce mot une étiquette qui n'éclaircit rien, car on n'ajoute pas grand chose à l'idée de contrat en disant contrat « sui generis », ou contrat d'une « nature spéciale ». Un contrat conserve toujours sa nature juridique, même s'il est passé dans l'intérêt général.

De plus, cette définition n'expliquait toujours pas les raisons pour lesquelles la jurisprudence considérait le cahier des charges des concessions comme un contrat en ce qui concerne les rapports du concessionnaire et du concédant et comme un acte réglementaire en ce qui concerne les rapports de ce même concessionnaire avec le public.

Enfin, la conception que l'on se faisait du contrat de concession, bloc intangible qui ne pouvait être modifié en aucune circonstance, offrait prise à de nombreuses critiques. A la vérité, elle pouvait se comprendre à une époque où les services publics concédés n'avaient pas l'importance qu'ils ont aujourd'hui.

Mais, lorsque toutes les découvertes de la science (telles que l'emploi du gaz comme moyen de chauffage et d'éclairage et des chemins de fer comme moyen de transports) eurent fait leurs preuves et que les ser-

vices publics allèrent en se multipliant, on se rendit rapidement compte que l'administration ne pouvait pas avoir abandonné son droit de réglementer ces services.

Considérer les cahiers des charges des concessions comme des contrats intangibles, n'était-ce pas figer les services dont les concessionnaires avaient la charge et sacrifier ainsi les intérêts du public ? L'organisation des services publics doit, en effet, être dominée avant tout par le souci de l'intérêt social et économique à satisfaire. Le tramway par exemple, comme l'écrivait M. Latour, rapporteur général du budget de la ville de Paris, ne doit pas être mis en exploitation avec la seule préoccupation de la ligne qui paie, — ce qui dans la majorité des cas conduirait à une concentration des centres surencombrés, — mais, avec celle de rechercher le centre à mettre en valeur pour assurer l'extension et l'aménagement rationnels de l'agglomération !

Il fallut donc mieux analyser les cahiers des charges afin de déterminer les cas dans lesquels l'administration pourrait imposer par voie unilatérale des obligations nouvelles aux concessionnaires. *

CHAPITRE II.

La concession de travaux publics telle qu'elle est envisagée aujourd'hui.

A la conception que l'on se faisait autrefois de la concession de travaux publics et qui pouvait, suivant l'expression de M. Hauriou, se résumer ainsi : rigidité du contrat ou rigidité du cahier des charges, a succédé de nos jours une nouvelle conception : *rigidité* du service public et *flexibilité* du contrat. L'administration estime, en effet, aujourd'hui qu'elle doit avant tout surveiller la bonne marche des services publics, dont elle reste garant vis-à-vis de l'universalité des citoyens. Elle s'est donc reconnu le droit d'apporter par voie unilatérale et dans l'intérêt du public, des modifications aux cahiers des charges des concessions de travaux publics.

Ce droit lui a été confirmé par le Conseil d'Etat, qui a établi sa nouvelle jurisprudence sur des considérations d'intérêt général et a jugé — à bon droit — que l'administration ne pouvait pas se désintéresser de la bonne marche d'un service public.

Pour mieux nous rendre compte de l'évolution de la jurisprudence du Conseil d'Etat, nous opposerons ici deux arrêts rendus à quelques années d'intervalle dans deux affaires absolument semblables. Dans les deux cas, la question posée à la juridiction administrative était celle de savoir si un Préfet pouvait imposer à une compagnie de tramways concessionnaire l'obligation d'augmenter le nombre des trains en circulation par jour, en vertu des pouvoirs qu'il tenait de l'article 33 du règlement d'administration publique du 6 août 1881 ainsi conçu : « Le préfet détermine sur la proposition du concessionnaire le minimum et le maximum de vitesse des convois ainsi que le tableau du service des trains ».

Après avoir admis le 23 janvier 1903 (C¹^e des chemins de fer économiques du Nord. C. Préfet du Nord. Sirey 1904. III. p. 49) que le nombre des trains fixé par le cahier des charges de la compagnie constituait un minimum contractuel « qui ne pouvait être modifié que par l'accord réciproque des parties », le Conseil d'Etat est revenu sur sa première décision et a jugé quelques années plus tard (Conseil d'Etat; 11 mars 1910) qu'il appartenait bien au préfet, non seulement d'approuver les horaires des trains au point de vue de la sécurité et de la commodité de la circulation, mais encore de prescrire *les modifications et additions nécessaires*, pour assurer dans l'intérêt du public la marche normale du service ».

En réalité, la difficulté que le juge administratif avait à résoudre était celle de savoir ce qu'il fallait entendre par l'expression « tableau du service des trains ».

Mais, en dehors de cette question d'interprétation, l'arrêt du 11 mars 1910 a été intéressant surtout en ce sens qu'il a explicitement reconnu à l'administration concédante le droit d'étendre les obligations du concessionnaire au delà de la prévision contractuelle et d'apporter par voie unilatérale des modifications à un cahier des charges d'une concession.

Pareille jurisprudence serait-elle explicable, si l'on continuait à envisager la concession de travaux publics comme un bloc intangible qui ne peut être modifié que par l'accord réciproque des parties ? Un contrat, quelle que soit l'étiquette que l'on ajoute à ce mot : contrat de droit public, contrat administratif ou contrats *generis*, ne fait-il pas toujours la loi des parties ?

Mais si on analyse avec soin un cahier des charges d'une concession, il est facile de se rendre compte que toutes les clauses de ces cahiers ne sont pas d'ordre purement contractuel. Certaines d'entre elles sont, en effet, la reproduction littérale de prescriptions légales ou réglementaires et rappellent les pouvoirs reconnus à l'administration soit par la loi soit par les règlements. Le fait d'être insérés dans un cahier des charges serait-il suffisant pour leur conférer un caractère contractuel ?

Ainsi, l'article 33 des cahiers des charges des compagnies de chemins de fer rappelle que « des règlements d'administration publique, rendus après que la compagnie aura été entendue, détermineront les mesures et les dispositions nécessaires pour assurer la police et l'exploitation du chemin de fer, ainsi que la conservation des ouvrages, qui en dépendent. » Pourrait-on en conclure que les règlements rendus par le chef de l'Etat pour assurer la police du chemin de fer ont une origine contractuelle ?

Bien plus, les infractions à certaines clauses de ces mêmes cahiers trouvent leur sanction soit dans le Code Pénal, soit dans différents articles de la loi du 15 juillet 1845 qui prescrit notamment que : « Toute contravention aux ordonnances royales portant règlement d'administration publique sur la police, la sûreté et l'exploitation des chemins de fer aux arrêtés pris par les Préfets sous l'approbation du Ministre des Travaux Publics pour l'exécution des dites ordonnances, sera punie d'une amende de 16 à 3.000 francs. » Soutiendra-t-on que ce sont les infractions aux cahiers des charges qui sont réprimées par la loi et non les infractions aux prescriptions légales ou réglementaires rappelées par ces cahiers ?

Il faut donc reconnaître que la concession de travaux publics contient un élément étranger à une situation contractuelle, à savoir, le règlement qui a pour objet d'organiser le service public. Ce règlement

détermine, s'il s'agit d'une concession de chemins de fer d'intérêt local ou général : les lignes à construire et à exploiter, le nombre des trains à mettre en circulation, les mesures à prendre pour assurer la sécurité du personnel et des voyageurs, etc....

S'il s'agit d'une concession pour l'éclairage d'une commune par le gaz ou l'électricité, il édicte également les délais dans lesquels les usines devront être construites, les conditions dans lesquelles les canalisations devront être posées, les règles relatives à l'éclairage public de la commune, etc....

Enfin, ce même règlement prescrit les conditions dans lesquelles le public usera du service : les tarifs à payer pour le transport des voyageurs et des marchandises, les prix maxima pour la fourniture du gaz ou de l'électricité.

A l'appui de la thèse que nous exposons, nous pouvons invoquer l'autorité des nombreux auteurs qui ont traité la question. Parmi ceux-ci nous citerons entre autres MM. Berthélemy et Jéze.

« Les cahiers des charges », a écrit le premier, « contiennent deux sortes de clauses. Les unes sont d'ordre purement contractuel. Ce sont celles qui fixent les relations du concédant et du concessionnaire. Les autres sont d'ordre réglementaire. Ce sont celles qui déterminent l'organisation du service public, dont le concessionnaire devra assurer l'exécution ». (*Revue politique et parlementaire*. Année 1917. Communes et Gaziers).

Le second, qui a beaucoup contribué au développement de cette théorie, a exprimé la même opinion, mais dans des termes légèrement différents. D'après lui, la concession d'un service public — par exemple d'un service de transports en commun — s'analyse en deux éléments : 1^o l'organisation du service public de transports en commun ; 2^o la concession à un entrepreneur. Ces deux actes, a-t-il ajouté, n'ont pas la même nature. Le premier est un acte législatif ou réglementaire ; le deuxième est un contrat.

Mais notre théorie peut encore être défendue par d'autres arguments tirés de l'impossibilité qu'il y a d'expliquer certaines décisions judiciaires autrement que par la distinction de l'acte de concession en deux parties : le règlement et le contrat.

Nous savons, en effet, que la Cour de cassation et les Tribunaux judiciaires estiment que le cahier des charges des concessions n'est que l'annexe de la loi de concession et que, par conséquent, certaines dispositions de ces cahiers s'imposent obligatoirement au public, qui n'a pas été partie à l'acte. C'est dans ce sens que s'est encore récemment prononcé le Tribunal civil de la Seine au cours d'une affaire portée devant lui par un sieur Delille, qui refusait de payer le mètre cube de gaz à un prix supérieur à celui inscrit dans sa police d'abonnement, cette dernière faisant, disait-il, la loi des parties, comme toute convention. Dans le jugement qu'il a rendu (10 mai 1916) le Tribunal civil

de la Seine a, en effet, reconnu qu'il était exact que la police d'abonnement signée par les deux parties en cause stipulait dans son article 2 que le prix du mètre cube du gaz vendu aux particuliers était fixé à 0 fr. 16 mais il a ajouté que : « cet article 2 ne pouvait être appliqué et interprété séparément de l'article 1^{er} de cette même police, lequel disposait expressément que la société serait tenue de fournir le gaz dans les conditions du cahier des charges; que la police d'abonnement tout entière devait être considérée comme dominée par cet article premier et qu'il s'ensuivait que le prix du gaz n'était fixé à 0 fr. 16 le mètre cube qu'autant que le cahier des charges qui liait la commune concédante et le concessionnaire maintenait ce prix à 0 fr. 16; que du jour, au contraire, où la commune et la société tombaient d'accord pour modifier le prix de la fourniture du gaz le nouveau prix se substituait à l'ancien et s'imposait au *signataire de la police comme une condition du cahier des charges* ».

Bien plus, nous ne pouvons pas oublier que le Conseil d'Etat a reconnu à diverses reprises le droit au public, *qui a intérêt* à ce que les services publics concédés fonctionnent régulièrement, d'user du recours pour excès de pouvoir, afin de faire respecter les stipulations du cahier des charges, relatives à l'organisation du service :

« Le 30 mars 1899, un décret avait déclaré d'utilité publique le tramway de Noisy-le-Sec à la Place de

l'Opéra. Dans le cahier des charges de la concession il avait été stipulé que l'emploi du trolley était interdit et que la ligne devrait être établie avec un système à plots. Ainsi fut fait par le concessionnaire. Mais, quelques années plus tard, le métropolitain ayant emprunté pour son installation le sous-sol des rues Réaumur et du 4 Septembre, l'exploitation du tramway par un système à plots devint impossible. La compagnie de tramways concessionnaire sollicita alors et obtint du préfet de la Seine l'autorisation d'établir un fil aérien. Les habitants du quartier, estimant que leurs droits étaient menacés, intentèrent une action — déclarée recevable — afin d'obtenir l'annulation de l'arrêté du Préfet, autorisant l'emploi du fil aérien.

On a pu dire il est vrai que dans cette affaire, la question qui se posait était plutôt celle des pouvoirs de police appartenant au Préfet que celle de la violation du cahier des charges.

Cependant, par un arrêt du 19 janvier 1912, la haute assemblée a admis sans contredit un recours pour excès de pouvoir, fondé uniquement sur la violation d'un cahier des charges.

L'exploitation du gaz de Paris se fait par voie de régie intéressée. Le régisseur n'agit que pour le compte de la ville, conformément à un cahier des charges voté par le conseil municipal.

Or, le 24 août 1908, le Préfet de la Seine ayant pris

un arrêté aux termes duquel l'exploitation du gaz dans les voies privées et les immeubles les bordant, devait se faire dans des conditions différentes de celles prévues au cahier des charges pour les voies publiques et les immeubles riverains, le Président de la Chambre syndicale des propriétaires de Paris forma un recours pour excès de pouvoir.

Non seulement le Conseil d'Etat reçut le recours, mais encore il le fit triompher au fond, l'arrêté du Préfet de la Seine étant pris en violation du cahier des charges ! (Aff. Marc. Président de la Chambre Syndicale des propriétaires de Paris).

Comment expliquer la jurisprudence des tribunaux, si l'on admet que la concession de travaux publics est un contrat rigide ? Un contrat, quel qu'il soit, ne produit-il pas d'effets qu'à l'égard des parties contractantes ?

Avec la théorie que nous exposons, il est, au contraire, facile de comprendre les décisions des juridictions tant administratives que judiciaires :

1^o La partie contractuelle des cahiers des charges ne produit d'effets qu'à l'égard des parties contractantes ;

2^o Par contre, la partie réglementaire de ces mêmes cahiers est opposable au public. Celui-ci est également en droit d'intenter un recours pour excès de pouvoir, en cas de violation de la part de l'administration ou du concessionnaire des clauses réglementaires.

Mais, une première difficulté se présente immédiatement : Comment reconnaître dans le document unique qui contient les deux actes, ce qui est réglementaire et ce qui est contractuel ?

Dira-t-on que les cahiers des charges, qui sont généralement annexés à une loi ou à un décret portant déclaration d'utilité publique et autorisation d'exécution des travaux revêtent la nature juridique de l'acte qui les approuve ? Nous savons, en effet, que la concession de travaux publics se décompose généralement en trois actes :

1^o Une convention signée par les deux parties, qui définit l'objet de la concession, déclare que le concessionnaire sera soumis au cahier des charges y annexé, renferme les stipulations financières relatives au concours de l'administration, etc....

2^o Un cahier des charges, qui détermine les conditions de construction et d'entretien de l'ouvrage, d'exploitation de service; le montant du cautionnement du concessionnaire; le droit de contrôle de l'administration dans l'exploitation; les clauses de rachat et de déchéance, etc....

3^o Une loi ou un décret, portant déclaration d'utilité publique, autorisation d'exécution des travaux et

1. Lorsque la concession est accordée par une autorité locale et n'excède pas trente ans. (Art. 143 de la loi du 5 avril 1884), la convention pour devenir valable ne doit être approuvée ni par une loi ni par un décret. L'autorisation du préfet suffit. (Art. 115 de la même loi).

approbation du cahier des charges et du tarif maximum imposés au concessionnaire.

Affirmer qu'après l'émission de l'acte approbatif du cahier des charges, la situation contractuelle n'existerait plus et qu'on se trouverait en présence d'une loi ou d'un décret, ce serait, certes, expliquer la jurisprudence de la Cour de cassation, qui confère à certaines parties de ces cahiers un caractère législatif. Mais, ne serait-ce pas méconnaître celle du Conseil d'Etat, qui estime que le contrat de concession est entièrement distinct de l'acte qui l'approuve et qui a même condamné une commune concédante au paiement de dommages-intérêts, parce qu'elle avait rompu l'engagement qui la liait à son concessionnaire? « Considérant, était-il dit dans l'arrêt (Blanleuil et Vernaudeau contre ville d'Angoulême. Sirey; 1904. III. p. 81) que la réalisation de cet engagement n'était soumise qu'à l'approbation de l'autorisation supérieure, que par une délibération en date du 20 juin 1896, le Conseil municipal a déclaré reprendre sa liberté d'action pour établir un nouveau tracé et passer un autre traité en faisant appel à la concurrence; qu'*ainsi la ville a elle-même rompu l'engagement qui la liait aux requérants, etc....* »

Il ne faut pas oublier, en effet, que la loi ou le décret qui interviennent pour sanctionner le traité signé par les représentants d'un département ou d'une commune ne sont que des actes de tutelle administrative ré-

servés à l'autorité supérieure soit en raison de la contribution financière de l'Etat dans l'exécution des travaux, soit en raison de l'importance de ces travaux. Notre administration est centralisée à outrance. Toute la réglementation part d'en haut. Le pouvoir central exerce sur les autorités administratives départementales ou communales une surveillance rigoureuse. Il contrôle même les nominations, révocations et suspensions de fonctionnaires. A plus forte raison, ne saurait-il se désintéresser des travaux publics, dont l'exécution peut grever lourdement le budget départemental ou communal. L'approbation donnée par lui au traité financier signé par les représentants du département ou de la commune ne s'incorpore pas à cet acte et ne modifie en rien sa nature juridique.

C'est donc dans les cahiers des charges même que sont consignées des clauses d'une nature toute différente, les unes d'ordre réglementaire, les autres d'ordre contractuel.

Certes, il est possible de regretter avec M. Picard¹ que les cahiers des charges des grandes compagnies laissent à désirer à ce point. Il y a même lieu de se demander, si, à l'avenir, cette confusion ne pourrait pas être évitée et s'il ne serait pas possible de faire une séparation plus nette entre ces deux sortes de clauses ?

Cependant, l'essentiel est de bien distinguer les deux

1. Picard. *Traité des chemins de fer*, t. II, p. 67.

parties dont est composée la concession. Que des clauses réglementaires trouvent place dans un cahier des charges, cela n'a pas grande importance, si on ne les confond pas avec la partie contractuelle de ce même cahier.

A titre d'exemple, nous étudierons ci-dessous un cahier des charges des concessions faites à une compagnie de chemins de fer.

Au préalable, et afin de faciliter la compréhension de notre étude, nous rappellerons qu'un pouvoir réglementaire spécial a été établi pour régir les concessionnaires des chemins de fer. Le chef de l'Etat est, en effet, investi en vertu des lois des 11 juin 1842 et 15 juillet 1845 d'une compétence générale pour prendre des ordonnances ou des règlements qui déterminent « les mesures et les dispositions nécessaires pour garantir la police, la sûreté, l'usage et la conservation des chemins de fer et de leurs dépendances » (Art. 9 de la loi de 1842).

Une première ordonnance du 15 novembre 1846 a donc réglementé en détail l'exploitation des chemins de fer. Elle avait surtout pour objet d'assurer la sécurité de l'exploitation; l'entretien des voies et du matériel des chemins de fer, la manœuvre des aiguilles, la garde des passages à niveau et de déterminer le personnel obligatoire des trains, le nombre maximum des voitures, la vitesse des convois, etc. ...

Cette ordonnance est restée en vigueur jusqu'à ces

dernières années. Elle a été remplacée le 1^{er} mars 1901 par un règlement d'administration publique qui permet à l'administration — en outre des droits qui lui avaient été précédemment conférés par l'ordonnance de 1846 — d'ordonner les mesures relatives à l'hygiène, à la sécurité, à la commodité des voyageurs : nombre de places à réserver dans chaque compartiment, nombre d'agents nécessaires à la sécurité, chauffage des voitures, etc.

L'administration peut encore enjoindre aux compagnies concessionnaires de modifier l'installation des gares, d'augmenter le personnel des trains et prescrire enfin les modifications et les additions nécessaires au tableau du service des trains.

Enfin, un décret du 11 novembre 1917 a renforcé pendant la guerre les pouvoirs de l'administration quant à la construction et à l'entrée en service du matériel, à la composition et à la circulation des trains, à l'homologation des tarifs et fixation des frais accessoires, à la durée du travail des cheminots, etc....

Dans quels cas les cahiers des charges rappellent-ils les pouvoirs conférés à l'administration par les lois, règlements et décrets susvisés ? Telle est la question que nous aurons à envisager.

Cahier des charges des concessions faites à une Compagnie de chemins de fer.

TITRE I (Art. 1 à 29)

TRACÉ ET CONSTRUCTION DE LA VOIE.

Ce chapitre détermine les conditions et les délais dans lesquels le concessionnaire s'engage à exécuter les travaux. La plupart des clauses qui s'y trouvent insérées sont d'ordre contractuel. Toutefois, l'administration s'est réservé le droit : 1^o d'apporter aux projets qui lui seront soumis les modifications nécessaires (article 3); 2^o de déterminer le nombre, l'étendue et l'emplacement des gares d'évitement, des stations de voyageurs et des gares de marchandises (article 9) et plus généralement de surveiller et de contrôler l'exécution des travaux (article 27).

Mais ce pouvoir ne lui a pas été confirmé par les lois, règlements et décrets en vigueur. Elle ne peut donc intervenir que dans la limite des droits qu'elle tient du contrat¹.

1. Dans ce sens, Conseil d'Etat 28 juin 1878 (Comp. du Nord. Sirey 1880, 2. 92 et Compagnie P. L. M. Conseil d'Etat 24 nov. 1882 Sirey, 1884, III, 60.)

La question soulevée était celle de savoir si le ministre des travaux, publics avait le droit d'imposer aux compagnies concessionnaires

Par contre, l'article 13, qui prévoit que « chaque passage sera muni de barrières » est reproduit par l'ordonnance de 1846, le règlement de 1901 et le décret du 11 novembre 1917 (article 15) ainsi conçu : « Partout où un chemin de fer d'intérêt général est traversé à niveau par une voie de terre, il est établi des barrières, sauf les exceptions autorisées par le ministre des Travaux publics et des Transports ». L'administration possède en outre aux termes du décret le droit de régler le mode, la garde et les conditions du services des barrières.

TITRE II. (Articles 30 à 34)

ENTRETIEN ET EXPLOITATION

Tous les articles de cette partie du cahier des charges sont d'ordre réglementaire. La matière a été, en effet, régie par les lois, ordonnances, règlements et décrets que nous avons énumérés. En vertu de ces textes, le concessionnaire est tenu d'entretenir le chemin de fer et toutes ses dépendances en bon état (art 30 du cahier. — Art. 12 du décret de 1917); d'établir partout où besoin sera des gardiens en nombre suffisant pour assurer la sécurité du passage des trains sur

postérieurement à l'approbation des plans, la construction de gares ou haltes non prévues aux projets approuvés. Le Conseil d'Etat a résolu la question par la négative.

la voie (Art. 31 du cahier. — Art. 14 du décret de 1917) de mettre en service des locomotives et des voitures de voyageurs construites suivant les meilleurs modèles (art. 32 du cahier; articles 18, 19, 20, 21, 22, 23, 24, 25, et 26 du décret).

Enfin, l'article 34 du cahier, aux termes duquel « la compagnie est soumise au contrôle et à la surveillance de l'administration pour tout ce qui concerne l'entretien du matériel et le service de l'exploitation » est la reproduction d'une prescription contenue dans la loi du 15 juillet 1845.

TITRE III. (Articles 35 à 41)

DURÉE, RACHAT ET DÉCHÉANCE DE LA CONCESSION

Toutes les clauses qui sont insérées dans ce titre sont d'ordre purement contractuel. Elles forment la partie la plus importante du contrat. Aucune modification ne peut être apportée à l'une d'elles sans le consentement des deux parties en cause.

TITRE IV (Articles 42 à 53).

TAXES ET CONDITIONS RELATIVES AU TRANSPORT DES VOYAGEURS ET DES MARCHANDISES.

Ce chapitre du cahier des charges a trait aux droits de péage et aux prix de transport que l'administra-

tion permet au concessionnaire de percevoir du public.

Il est tout entier dominé par les prescriptions contenues dans les articles 46 à 49 de l'ordonnance du 15 novembre 1846 et par l'article 63 du décret de 1917 (reproduits par l'article 48 du cahier des charges) aux termes desquels « aucune taxe ne peut être perçue par le concessionnaire *sans l'homologation du ministre des Travaux publics* ».

De même, l'article 49 de ce titre est la reproduction des prescriptions contenues dans les ordonnances et décrets qui réglementent la police des chemins de fer et obligent « la compagnie d'effectuer avec soin, exactitude et célérité et sans tour de faveur, les transports des marchandises, bestiaux et objets qui lui sont confiés ». (Art 69 du décret).

Enfin, l'article 53 du cahier rappelle une règle contenue dans l'article 14 de la loi du 15 juillet 1845, qui interdit à la compagnie concessionnaire « de faire directement ou indirectement, avec des entreprises de transport de voyageurs ou de marchandises par terre ou par eau, sous quelque dénomination ou forme que ce puisse être, des arrangements qui ne seraient pas consentis en faveur de toutes les entreprises desservant les mêmes voies de communication ».

TITRE V. (Articles 54 à 58.)

STIPULATIONS RELATIVES A DIVERS SERVICES PUBLICS

L'article 54 de ce titre, qui stipule que « les militaires ou marins envoyés en permission, en congé illimité ou libérés dans leurs foyers ne seront assujettis qu'au quart de la taxe du tarif », a été réglementé — sans soulever d'objections de la part des compagnies — par un décret du 9 mai 1903 qui a dressé divers tableaux du personnel de la guerre ou de la marine admis au bénéfice de la réduction de la taxe.

Au contraire, les articles 56, 57, et 58 qui ont trait au transport des lettres et dépêches, à l'organisation de convois spéciaux de la poste, à la pose d'appareils nécessaires à l'établissement de lignes télégraphiques etc... sont d'ordre contractuel. L'administration ne peut donc imposer aux compagnies d'autres obligations que celles prévues par le cahier des charges.

Pareille observation peut être présentée quant à l'art. 55 relatif au transport des fonctionnaires chargés de l'inspection du contrôle du chemin de fer et des agents des contributions indirectes et des douanes.

TITRE VI. (Articles 59 à 71).

La plupart des clauses de ce titre sont d'ordre purement contractuel et certaines d'entre elles seraient mieux à leur place, comme le soutient M. Lamé Fleury,

dans la convention quē dans le cahier des charges.

Nous les résumerons donc brièvement ci-dessous :

ART. 59. — Construction de routes nationales, départementales ou vicinales, chemins de fer, canaux traversant toute ligne concédée, sans obstacle à la construction ou au service de celle-ci, ni frais pour le concessionnaire.

ART. 60. — Construction semblable dans la région ou ailleurs sans indemnité pour le concessionnaire ;

ART. 61. — Droit pour le gouvernement de concéder des lignes d'embranchements ou de prolongements des lignes concédées ;

ART. 62. — Embranchements à établir avec des propriétaires de mines ou d'usines ;

ART. 65. — Emplois réservés. (Le cahier des charges prévoyait un règlement d'administration publique pour déterminer les conditions d'application de cet article. Mais, cette clause n'a pas été suivie d'effets. Un règlement d'administration publique peut-il, en effet, procéder autrement que d'une loi, comme le demande M. Lamé Fleury ? Or, ni la loi de 1842, ni celle de 1845 n'avaient prévu le cas.)

ART. 67. — Paiement par le concessionnaire des frais de contrôle ;

ART. 68. — Cautionnement ;

ART. 69. — Election de domicile. ;

ART. 70. — Attribution au Conseil de Préfecture de la Seine de la connaissance des litiges entre l'administration et les compagnies.

CHAPITRE III.

Régime juridique des deux éléments qui composent la concession de travaux publics.

Après avoir fait le départ entre les clauses légales ou réglementaires et les clauses contractuelles, qui composent un cahier des charges, il nous reste à envisager la question de savoir quel est leur régime juridique.

Nous étudierons donc au cours du chapitre qui va suivre :

- 1^o Le régime juridique de la loi ou du règlement qui organisent le service de la concession ;
- 2^o Le régime juridique du contrat.

§ I. RÉGIME JURIDIQUE DE LA LOI OU DU RÈGLEMENT QUI ORGANISENT LE SERVICE

Est-il vrai de dire, comme l'a écrit M. Jèze (*Revue du Droit Public*, année 1910, p. 270) que ce qui est

légal ou réglementaire dans la concession de travaux publics peut être modifié à tout instant ou par la loi ou par le règlement ?

En ce qui concerne le pouvoir législatif, il ne fait aucun doute que son intervention peut se manifester en toutes circonstances. Il appartient, en effet, au législateur de voter à tout instant les lois dont la nécessité se fait sentir, même si ces dernières apportent des modifications à un contrat intervenu entre l'Etat et un particulier. Au demeurant, le Parlement l'a implicitement reconnu par le vote des lois des 21 juillet 1909 et 28 décembre 1911, qui ont créé un nouveau régime de retraites aux agents des chemins de fer et ont permis à l'Etat de réaliser d'importantes économies au détriment des compagnies concessionnaires.

En effet, si les cheminots étaient restés soumis en ce qui concerne leur retraite au régime du droit commun, la loi du 5 avril 1910 qui prévoyait un triple versement de la part de l'Etat, des ouvriers et des patrons, leur aurait été applicable.

Or, le but principal de la loi du 21 juillet 1909 a été justement de supprimer la contribution de l'Etat dans la retraite des cheminots et d'en faire retomber la charge sur les compagnies concessionnaires !

Certes, il est possible de soutenir que légiférer en cette matière, c'est ajouter, par la volonté du prince, des dispositions qui n'avaient été prévues au moment de la passation du contrat ni par le concédant, ni par

le concessionnaire. Il y a même lieu de se demander si le particulier qui a traité avec l'administration ne serait pas fondé à exiger de cette dernière une compensation en raison des charges nouvelles qui lui seraient imposées par le pouvoir législatif ? Mais, c'est là une question que nous aurons l'occasion de traiter plus longuement, lorsque nous étudierons les recours au profit du concessionnaire.

Pour le moment, nous nous bornerons à constater le fait que le pouvoir législatif est en droit de modifier après coup et sans accord préalable non seulement la loi organique du service public, mais encore certaines dispositions particulières du cahier des charges.

Cependant, le législateur ne peut ni tout prévoir, ni tout régler, ni descendre dans le détail infini des cas particuliers. Il donne donc généralement mission au chef de l'Etat d'édicter des ordonnances ou des règlements d'administration publique pour assurer l'exécution de la loi qu'il a votée.

C'est, par exemple, en vertu d'une délégation expresse contenue dans la loi de 1842 que celui-ci a édicté les ordonnances ou règlements des 15 novembre 1846, 1^{er} mars 1901 et 11 novembre 1917 pour assurer la police, la sûreté et la conservation des chemins de fer.

C'est également en vertu des lois des 11 juin 1880 et 31 juillet 1913 qu'ont été promulgués par le Président de la République, d'une part, le règlement d'administration publique du 6 août 1881, d'autre part,

le décret du 11 novembre 1917 sur les chemins de fer d'intérêt local et les tramways.

Enfin, en matière de concessions pour une distribution publique d'énergie électrique, les décrets des 17 mai 1908 et 28 juin 1921 ont été pris par le Président de la République en exécution de la loi du 15 juin 1906.

D'autre part, le Chef de l'Etat ne peut lui-même tout réglementer. Il charge donc le plus souvent le ministre des Travaux publics et les Préfets, non seulement de veiller à l'exécution des règlements qu'il édicte mais encore de régir jusque dans les plus petits détails les services publics.

Les administrateurs — Président de la République Ministres, Préfets, etc. — seront-ils en droit de prendre à tout instant les mesures qu'il convient pour assurer la bonne marche d'un service public ?

Un préfet, par exemple, pourra-t-il déterminer le nombre, la vitesse et les heures de départ des convois, prescrire les mesures de police destinées à assurer le bon ordre dans les gares, etc.... ?

Indubitablement, peut-on répondre aujourd'hui, si cet administrateur agit dans la limite des pouvoirs qu'il tient de la loi ou du règlement.

Cependant, cette idée n'a pas été reçue sans soulever les protestations les plus vives de la part de nombreux concessionnaires, qui prétendaient que l'administration ne pouvait pas porter atteinte à leur

droit de diriger l'organisation et l'exploitation du service qui leur était confié. Dans de nombreuses circonstances, les mesures prises par l'administration ont donné lieu à de longs litiges. Nous rappellerons donc ici — afin de déterminer la jurisprudence des tribunaux administratifs, qui doit être notre suprême référence — les affaires les plus importantes à l'occasion desquelles sont nés ces litiges.

En 1846, au moment de la promulgation de l'ordonnance qui réglementait l'exploitation des chemins de fer, les compagnies concessionnaires s'élevèrent contre certaines dispositions qui y étaient contenues et qui sortaient — disaient-elles — du domaine de la police. Tels étaient : le pouvoir reconnu au préfet de réglementer l'entrée et le stationnement des voitures à chevaux dans les cours des stations ; le pouvoir conféré au ministre de modifier les horaires et d'homologuer les taxes que les compagnies étaient autorisées à percevoir du public, etc.... Elles adressèrent donc aux pouvoirs publics une protestation. Mais cette protestation resta lettre morte.

Certaines compagnies refusèrent alors de tenir compte des prescriptions contenues dans l'ordonnance ou dans les arrêtés préfectoraux pris en exécution de cette ordonnance : La compagnie d'Orléans, entre autres, feignit d'ignorer un arrêté préfectoral lui enjoignant d'apporter diverses modifications aux voitures de voyageurs et de remplir les banquettes avec

du foin au lieu de crin. Procès-verbal fut dressé de cette contravention, et l'affaire fut portée devant les tribunaux de l'ordre judiciaire qui se déclarèrent tour à tour incompetents « les infractions au règlement n'ayant trait qu'à la commodité des voyageurs et n'étant de ce fait punissables d'aucune peine ». Les compagnies triomphaient donc ! Ce triomphe ne devait pourtant être qu'éphémère !

Sur pourvoi du ministère public, la Cour de cassation cassa, en effet, les décisions des tribunaux par un arrêt qui vaut la peine d'être reproduit ici :

« Attendu, en droit, que la loi du 11 juin 1842, qui avait pour objet la création de grandes lignes de chemins de fer, a attribué au gouvernement le droit de déterminer par des règlements d'administration publique, les mesures nécessaires pour maintenir la police, la sûreté, l'usage et la conservation de ces chemins ;

« Attendu que l'article 21 de la loi du 15 juillet 1845 sur la police des chemins de fer qualifie d'infractions punissables des peines portées au dit article toutes contraventions aux ordonnances portant règlement d'administration publique sur la police, la sûreté et l'exploitation de ces chemins et aux arrêtés pris par les préfets sous l'approbation du ministre des Travaux publics pour l'exécution des dites ordonnances ;

« Attendu que dans cette dernière loi, le législateur ayant employé le mot d'exploitation comme identique avec ceux d'*usage* et de conservation des chemins de

fer de la précédente loi du 11 juin 1842, la généralité de cette expression ne permet pas de douter que la délégation faite au gouvernement ne *comprenne le droit et même le devoir de régler tout ce qui intéresse l'établissement des divers modes de transport*, la forme, les dimensions, la construction de diverses espèces de voitures; enfin toutes les mesures qui peuvent assurer la complète exécution des lois de concession quant aux garanties données aux diverses classes de voyageurs ».

Cet arrêt avait été rendu sur les conclusions de M. l'avocat général, Nicaïs-Gaillard, qui avait dit en propres termes que le rôle de l'Etat n'était pas terminé après qu'il avait concédé la jouissance d'un chemin de fer et qu'il lui restait encore dans un autre ordre d'idées et d'intérêts beaucoup de grandes choses à faire : « Gardien de l'ordre et de la paix, responsable de la vie et de la sûreté des citoyens, il devra prévenir autant que possible les troubles publics et les accidents particuliers, devancer *par la sagesse des règlements* les enseignements de l'expérience; prévenir, prescrire, prohiber et pour sanction à tout cela, prononcer ou appliquer des peines dans les limites où la loi lui aura délégué le droit de punir. S'il ne pouvait pas, qui donc le pourrait ? Ou bien comment la société, qui ne va pas toute seule, marcherait-elle ? Après, comme avant l'Etat reste l'Etat ! En tout ce qui tient à l'ordre public, il a les mêmes droits et les mêmes devoirs sur

le chemin concédé que sur toute chose dans le territoire ».

Mais, l'ère des difficultés n'était pas terminée et les compagnies de chemins de fer ne devaient pas s'arrêter là dans leurs protestations !

En 1901, au moment où fut promulgué un nouveau règlement d'administration publique sur la police, la sûreté et l'exploitation du chemin de fer, les compagnies concessionnaires déférèrent ce règlement au Conseil d'Etat pour en obtenir l'annulation. La manœuvre était hardie, car il était à cette époque de règle courante que « ces règlements présentaient, suivant l'expression de M. Laferrière (*Traité de la Juridiction administrative*, T. II., p. 11), un caractère législatif, qui les affranchissait, en principe, de tout recours contentieux ». Les compagnies obtinrent cependant un premier succès ! Leur recours fut déclaré recevable par le Conseil d'Etat !

Sur le fond, elles furent moins heureuses.

Les moyens de défense qu'elles présentaient étaient les suivants ! D'abord, elles prétendaient que la délégation donnée par le législateur au chef de l'Etat pour émettre des règlements, n'existait plus lorsque le chef de l'Etat avait déjà rempli sa mission, ce qui était le cas dans l'espèce, puisque l'ordonnance de 1846 avait été édictée conformément à la loi de 1842.

Ensuite, elles affirmaient que, sous prétexte de réglementation, l'administration ne pouvait pas leur

imposer de nouvelles obligations et modifier par voie unilatérale les conventions qu'elles avaient passées avec l'Etat.

En vérité, ces arguments ne pouvaient que difficilement prévaloir ! La loi de 1842 avait, en effet, prévu non pas un mais des règlements d'administration publique. Le chef de l'Etat usait donc d'un pouvoir régulier qu'il tenait d'une loi expresse, en apportant à la première ordonnance édictée les modifications et les perfectionnements que l'expérience avait indiqués comme nécessaires.

Sur le deuxième point, les compagnies posaient sans équivoque la question de savoir si l'administration était en droit de leur faire supporter des charges imprévues au moment de la passation du contrat ? Mais, comme le leur rappelait M. le Commissaire du gouvernement Tardieu, les droits de l'Etat et les obligations des concessionnaires ne dérivent pas uniquement du cahier des charges, mais aussi des lois et des règlements qui organisent les services. « La ligne de démarcation », ajoutait-il, « entre les prescriptions réglementaires et les prescriptions contractuelles n'est pas toujours tracée avec la netteté désirable. Certaines prescriptions, qui ont un caractère réglementaire, figurent dans les cahiers des charges et inversement. Quoi qu'il en soit, il importe de remarquer que les pouvoirs de réglementation exercés par l'Etat (en matière de chemins de fer d'intérêt général) quoique rap-

pelés par l'article 33 du cahier des charges, dérivent des lois du 11 juin 1842 et du 15 juillet 1845 et non du contrat qui ne saurait dès lors faire obstacle à leur exécution ». Aussi, la juridiction administrative débouta-t-elle les compagnies de leur demande : « considérant que les pouvoirs de réglementation exercés par l'Etat en matière de chemins de fer, bien que rappelés expressément par l'article 33 du cahier des charges, dérivent des lois des 11 juin 1842 et 15 juillet 1845.... qu'ainsi en édictant le décret du 1^{er} mars 1901, le gouvernement a usé d'un droit qui lui appartenait ». (Sirey 1908. III p. 1).

Aujourd'hui, les compagnies de chemins de fer paraissent avoir compris que leur résistance était injustifiée et qu'il était de leur devoir comme de leur intérêt de collaborer étroitement avec l'administration pour assurer la bonne marche du service public dont elles ont la charge.

Elles n'ont, à notre connaissance, soulevé aucune protestation au moment où a paru le décret du 11 novembre 1917.

Bien plus, elles ont, le 28 juin 1921, signé une convention avec l'Etat qui a considérablement étendu les pouvoirs du ministre des Travaux publics et a notamment reconnu le droit à celui-ci :

1^o De requérir, après approbation du conseil des ministres, l'abaissement des tarifs spéciaux, dont le taux lui paraîtrait contraire à l'intérêt national;

2^o D'ordonner, en cas de refus de la part des réseaux, et aux frais de ces derniers, l'exécution d'office des mesures prescrites par lui.

En ce qui concerne les concessions de chemins de fer d'intérêt local et de tramways, des difficultés aussi graves ne se sont pas présentées, lorsque l'administration a entendu user de son droit de réglementer les services. Certains arrêts du Conseil d'Etat sont cependant intéressants à signaler, surtout en ce sens qu'ils permettent de se rendre compte de l'uniformité de la jurisprudence qui estime que *tout administrateur peut* — en vertu des pouvoirs qui lui sont conférés ou par la loi ou par le règlement — *modifier par voie unilatérale certaines dispositions du cahier des charges*.

A titre d'exemple, nous citerons l'arrêt du 5 août 1905, Compagnie des chemins de fer de Bone-Guelma. La compagnie intéressée soutenait que le gouverneur général de l'Algérie, en réglementant la durée du travail de certains agents, avait excédé ses pouvoirs, les mesures nécessaires pour assurer la police, la sûreté et l'exploitation des chemins de fer ne pouvant être édictées que par des règlements d'administration publique. Le Conseil d'Etat rejeta la demande « considérant que l'ordonnance du 15 novembre 1846 et le décret du 1^{er} mars 1901, disposent que les compagnies doivent soumettre leurs règlements relatifs au service et à l'exploitation au ministre des Travaux publics, qui prescrit les modifications qu'il juge néces-

saires; que les pouvoirs ainsi conférés au ministre sont, par application des articles 6 et 11 du décret du 18 août 1897, exercés en Algérie par le gouverneur général ».

Nous rappellerons également l'arrêt du 11 mars 1910. Le préfet des Bouches-du-Rhône avait imposé par un arrêté à une compagnie de tramways un nombre de voyages supérieur à celui prévu par le cahier des charges.

Le préfet avait-il le pouvoir de prendre cet arrêté ? Indubitablement répondit le Conseil d'Etat, « considérant que l'arrêté du préfet des Bouches-du-Rhône a été pris dans la limite des pouvoirs qui lui sont conférés par l'article 33 du règlement d'administration publique du 6 août 1881....Qu'ainsi la circonstance que le préfet aurait, comme le soutient la compagnie de tramways, imposé à cette dernière un service différent de celui qui avait été prévu par les parties contractantes ne serait pas de nature à entraîner à elle seule, dans l'espèce, l'annulation de l'arrêté préfectoral ».

§ RÉGIME JURIDIQUE DE LA PARTIE CONTRACTUELLE
DU CAHIER DES CHARGES DES CONCESSIONS

La concession de travaux publics n'est pas uniquement composée d'un acte réglementaire. Le traité financier, les clauses relatives à l'exécution des travaux, à la durée de la concession, à son rachat ; celles qui ont trait aux pénalités prévues, telles que la déchéance, la mise sous séquestre, etc.... forment, en effet, la partie contractuelle des cahiers des charges.

Quels sont les caractères de ce contrat ? Quelle en est la nature ?

Caractères du contrat de concession. — La concessions de travaux publics est un contrat synallagmatique ou bilatéral. Les contractants s'obligent, en effet, l'un envers l'autre et ont en même temps des droits réciproques. Le concessionnaire s'engage à exécuter les travaux dans les délais requis et aux conditions conclues, à les maintenir en bon état et à faire profiter les particuliers de son travail, etc.... De son côté, l'administration souscrit les obligations : 1^o de donner au concessionnaire les autorisations nécessaires à l'exécution des travaux ; 2^o de lui assurer le plus souvent une garantie d'intérêts ; 3^o de lui permettre de percevoir en guise de rémunération une rétribution de ceux qui profiteront de son travail.

Le contrat de concession est, en outre, un contrat à titre onéreux. Il assujettit, conformément à l'article 1106 du Code civil, chacun des contractants à donner ou à faire quelque chose. Il est aussi commutatif, en ce sens que l'étendue des prestations que se doivent les parties est immédiatement certaine (Planiol *Traité élémentaire de Droit civil*. T. II., p. 323). Certes, le bénéfice réalisé par le concessionnaire variera suivant les années et la situation économique du pays. Des événements imprévus, qui modifieront l'économie du contrat, pourront se présenter. Il y aura donc ici, comme dans toute entreprise humaine, un certain risque à courir. Mais, il n'en reste pas moins vrai qu'à partir du jour de la signature du contrat, le concessionnaire obtiendra le concours certain de l'administration concédante et le droit non moins certain encore de percevoir du public un droit de péage, un droit de transport, etc....

Enfin, le contrat de concession est fait « intuitu personae ». La concession de travaux publics est un privilège accordé par l'administration à certaines personnes plutôt qu'à d'autres. Une commune délivre, par exemple, à tel particulier ou à telle société de son choix, les permissions de voirie nécessaires à l'établissement de canalisations souterraines pour l'éclairage et le chauffage par le gaz.

En conséquence, aucune voie de droit ne peut être ouverte contre la décision de l'administration, qui

accorde ou refuse ce privilège. De plus, le concessionnaire primitivement agréé par l'administration n'est pas en droit de céder son entreprise à un tiers sans l'assentiment de cette dernière.

Nature du contrat de concession. — Le Conseil d'Etat, après avoir distingué les deux actes qui composent la concession de travaux publics, en est arrivé à abandonner la théorie de la concession, contrat sui generis, d'après laquelle les cahiers des charges se suffisaient à eux-mêmes.

Il a estimé, au contraire, que la partie contractuelle de ces cahiers formait un contrat, qui obéissait aux règles générales édictées par le Code civil.

En conséquence, le contrat de concession est soumis, en cas de difficultés entre les parties, à l'interprétation du juge administratif, qui doit rechercher conformément à l'article 1156 du Code quelle a été leur commune intention au moment où elles ont contracté.

L'exemple le plus connu d'interprétation du contrat de concession par le juge administratif que nous puissions citer est le suivant :

Au moment de la découverte de l'utilisation pratique de l'électricité comme moyen d'éclairage, de nombreuses communes de France étaient liées par un contrat de concession à des compagnies gazières, chargées de l'éclairage de la commune. Lorsque l'éclairage

électrique se développa, certaines autorités municipales voulurent faire profiter leurs administrés de cette découverte pratique. Pouvaient-elles le faire sans porter atteinte au privilège qu'elles avaient conféré aux compagnies gazières ?

A vrai dire, la plupart de ces dernières avaient eu la précaution de faire insérer dans leur contrat une clause dite « du meilleur éclairage ». Dans un contrat passé entre la compagnie du gaz et la ville d'Avignon par exemple, il avait été stipulé : « qu'en cas de découverte d'un nouveau mode d'éclairage autre que l'éclairage par le gaz, l'administration se réservait le droit de concéder toute autorisation nécessaire pour l'établissement de ce nouveau système au profit des particuliers sans être tenue envers la compagnie et que celle-ci avait simplement stipulé un droit de préférence à prix égal ».(Conseil d'Etat ; Compagnie du Gaz d'Avignon ; 21 janvier 1898).

Dans d'autres cas, les communes s'étaient réservé le droit d'imposer aux compagnies gazières concessionnaires un nouveau système d'éclairage, si ce dernier présentait de véritables économies et avait été employé dans certaines villes importantes. (Compagnie française d'éclairage au gaz contre ville de Bagnères-de-Bigorre).

Toutefois, les mêmes précautions n'avaient pas été prises par toutes les compagnies gazières. Aussi, ces dernières se trouvèrent-elles prises au dépourvu lors-

que des villes autorisèrent des électriciens à établir sur les voies publiques des fils aériens pour l'éclairage par l'électricité. Le Conseil d'Etat, vers lequel elles se tournèrent se montra très libéral à leur égard et leur accorda de fortes indemnités pour réparer le préjudice qui leur était causé (Compagnie du gaz de Limoges contre ville de Limoges; 1^{er} janvier 1895; Cie du Gaz de Lens contre ville de Lens, 13 mai 1894; Compagnie du gaz de Saint-Etienne contre ville de Saint-Etienne; 26 décembre 1891).

Cependant, la nécessité de mettre fin à ces difficultés commençait à se faire sentir. Les réclamations du public devenaient pressantes. De plus, la jurisprudence du Conseil d'Etat ne pouvait facilement s'expliquer que pour les contrats intervenus avant la découverte de l'utilisation pratique de l'électricité. Elle devait fatalement être appelée à se modifier en ce qui concernait les contrats signés après cette découverte et dans lesquels la clause du « meilleur éclairage » n'avait pas, malgré tout, été prévue.

Déjà, dans le courant de l'année 1900, la haute juridiction administrative, tout en restant fidèle à ses premières décisions et en condamnant une ville à payer une indemnité à sa compagnie gazière pour le préjudice qu'elle lui avait causé en autorisant une compagnie d'électricité à poser des fils aériens sur la voie publique, avait formulé une réserve très significative qui pouvait laisser prévoir une nouvelle jurisprudence.

« Considérant, était-il dit dans l'arrêt, que le silence

de la convention ne suffit pas pour permettre à la ville de paralyser le droit de son concessionnaire du service de l'éclairage en accordant des autorisations de voirie nécessaires à l'établissement d'une industrie concurrente, *alors qu'elle n'a pas mis le concessionnaire en demeure de fournir la lumière électrique aux conditions offertes par l'entrepreneur de ce nouvel éclairage* ». (Commune de Maromme contre la compagnie du gaz 22 juin 1900).

C'est par un arrêt du 10 janvier 1902 (Compagnie du gaz de Deville-les-Rouen) que le Conseil d'Etat a édicté les règles d'interprétation du cahier des charges des compagnies gazières, qui peuvent se résumer comme suit :

1^o A une époque où l'éclairage par l'électricité était inconnu, le silence gardé sur ce point par le contrat de concession entre une ville et un concessionnaire s'explique facilement et s'interprète en faveur de ce dernier. La ville doit donc respecter ses obligations sous peine d'être condamnée à réparer le préjudice qu'elle pourrait causer à son concessionnaire en chargeant d'autres particuliers de l'éclairage de la commune. Une telle solution nous paraît logique. Il ne pouvait, en effet, être reproché ni à la commune concédante ni au concessionnaire de n'avoir pas fait insérer dans le cahier des charges une clause du « meilleur éclairage » au moment où l'électricité n'existait pas encore. Or, comme le juge doit présumer la volonté

des parties, si celles-ci n'ont pas exprimé leurs intentions, il est bien certain qu'il lui appartenait en la circonstance de décider que la commune concédante et le concessionnaire n'avaient eu en vue, au moment de la passation du contrat, que l'éclairage par le gaz, puisque l'électricité n'existait pas.

2^o Par contre, à une époque où l'éclairage par l'électricité existait déjà dans d'autres communes, les parties sont en faute, dit le Conseil d'Etat, de n'avoir pas manifesté expressément leur volonté et le juge doit interpréter leur silence et rechercher quelle a été leur commune intention : il reconnaît à la commune le droit de concéder l'éclairage par l'électricité à un tiers dans le cas où la compagnie gazière refuserait de s'en charger après une mise en demeure régulière.

Sur quel principe le Conseil d'Etat a-t-il fondé l'obligation pour le concessionnaire de l'éclairage au gaz d'obéir à la mise en demeure qui doit lui être adressée par la commune concédante ?

Uniquement sur le fait que les parties sont en faute de n'avoir pas exprimé d'une façon formelle leur commune intention.

Il est alors possible de se demander pour quelle raison le silence gardé sur ce point par les deux parties ne s'interprétera à peu près exclusivement que contre les compagnies gazières ?

A cette objection, il y a lieu de répondre avec M. Hauriou que les concessions d'éclairage sont toujours

des monopoles gênants pour le public et que tout ce qui n'est pas expressément stipulé dans le contrat conférant ce monopole doit être refusé dans l'intérêt du public. Les monopoles sont, en effet, une exception dans notre droit et les actes qui les autorisent doivent être interprétés restrictivement ¹.

Bien plus, par l'arrêt Deplanque du 31 mai 1907, le Conseil d'Etat a reconnu que si l'une des parties contractante commettait une infraction à ses obligations et si aucune pénalité n'avait été stipulée dans le contrat pour cette infraction, des dommages-intérêts étaient dus par la partie en faute, conformément à l'article 1142 du Code civil.

Voici en quelques mots le résumé de l'affaire en question (Conseil d'Etat; 31 mai 1907. Deplanque contre ville de Nouzon. Sirey 1907. III. p. 113) : La ville de Nouzon avait chargé un particulier de l'éclairage de la commune par l'électricité. Dans le contrat de concession, il avait été prévu des sanctions correspondant à des infractions déterminées. Le concessionnaire de la ville paraissait avoir rempli assez scrupuleusement ses obligations. Toutefois, des fautes de moindre importance telles qu'un éclairage défectueux avaient été relevées contre lui. La ville de Nouzon n'ayant pas voulu prononcer elle-même la déchéance de son concessionnaire avait demandé au Conseil de Préfec-

1. En ce sens M. Hauriou, note sous arrêt Deville les Rouen, Sirey 1902, III, 17.

ture des Ardennes de déclarer le contrat de concession résilié et subsidiairement de prononcer la mise en régie de l'entreprise. Cette demande avait été repoussée par le juge du contrat, qui avait cependant ajouté : « Considérant que si sur les deux ordres de griefs relevés contre Deplanque, la ville de Nouzon n'a pas cru devoir user de mesures de rigueur et si elle a fait montre d'une excessive bienveillance, Deplanque n'en saurait tirer argument pour échapper à toute responsabilité ; qu'il est hors de doute, en effet, qu'il est en retard pour l'exécution complète des clauses de son marché ; que ce retard constaté par les observations presque journalières du registre et par les actes d'huissier versés au dossier, justifie la demande de dommages-intérêts formulée par la ville contre lui et que l'indemnité de 1.000 francs réclamée par elle dans ses conclusions subsidiaires, n'est nullement exagérée ».

Le Conseil d'Etat, devant lequel l'affaire avait été portée en appel, confirma la décision du Conseil de Préfecture et condamna le concessionnaire au paiement de dommages-intérêts en application de l'article 1142 du Code civil.

Cet arrêt avait été rendu sur les conclusions de M. le Commissaire du gouvernement Romieu, qui avait dit en propres termes : « Le cahier des charges de la concession fixe les obligations des parties : ces obligations doivent avoir une sanction ; lorsqu'il n'a pas été prévu de sanction directement applicable au fait d'inexé-

cution relevé à la charge du concédant et du concessionnaire, il appartient au juge, sur la demande de la partie lésée, d'*édicter une sanction dans les termes du droit commun*, c'est-à-dire, selon les circonstances, de prononcer la résiliation du contrat ou de condamner la partie défaillante au paiement de dommages-intérêts ».

La juridiction administrative a ainsi abandonné peu à peu l'ancienne théorie, d'après laquelle la concession formait un contrat rigide, qui se suffisait à lui-même et qui devait être interprété sans qu'il soit besoin de faire appel aux principes généraux du Code civil.

Convient-il de s'en montrer surpris? Nous ne le croyons pas. L'opération de concession, comme l'écrivait M. Hauriou, « était, en effet, mûre pour cette épreuve qui consiste en somme à rentrer dans le droit commun, car la procédure d'exécution par décision administrative préalable est sans contredit exceptionnelle.... »

Sans doute, l'appréciation du juge est périlleuse; mais elle est comme la mer agitée : elle a plus d'avantages que d'inconvénients. »

CHAPITRE IV

Des recours au profit du concessionnaire de travaux publics contre les actes du législateur et de l'Administration portant modification au cahier des charges de la concession.

Toute modification apportée, soit par le législateur, soit par l'administration, à la loi ou au règlement qui organisent le service de la concession, aura une répercussion profonde sur le contrat.

Tel concessionnaire de tramways, par exemple, auquel un préfet imposera un nombre de voyages supérieur à celui prévu par le cahier des charges, verra ses frais augmenter dans des proportions qui ne correspondront peut-être pas à l'augmentation de ses recettes.

Tel autre, auquel le pouvoir législatif prescrira de créer une caisse de retraites spéciale pour ses agents sera également dans l'obligation de supporter des

charges imprévues au moment de la passation du contrat.

Quels seront alors les recours au profit des concessionnaires de travaux publics ?

Pourront-ils, d'une part, demander l'annulation des actes du législateur et de l'administration ? et dans quels cas ? Seront-ils en droit, d'autre part, d'exiger la réparation du préjudice qui leur serait causé du fait de l'aggravation des obligations qui leur incombent ?

§ I *Recours au profit du concessionnaire contre les actes du législateur.* — Le pouvoir législatif est un pouvoir souverain, dont le propre est de s'imposer obligatoirement à tous. Il ne peut donc être question dans ce cas d'un recours en annulation au profit du concessionnaire. Au demeurant, il n'existe en France aucun tribunal juridictionnel compétent pour annuler la loi.

Mais, est-ce à dire que l'Etat ne puisse encourir aucune responsabilité financière du fait de la promulgation de certaines lois qui font obstacle à l'exécution d'engagements contractuels ou portent gravement atteinte à l'exécution de ces engagements ? Peut-on soutenir avec M. Laferrière (*Traité de la juridiction administrative*, T. II., p. 12 et s.) « que le législateur est seul capable d'apprécier d'après la nature et la gravité du dommage, d'après les nécessités et les ressources de l'Etat, s'il doit accorder une compensation ? » Cette théorie de la souveraineté absolue du pouvoir législatif — couramment acceptée autrefois — a été battue en brèche ces dernières années. Le Conseil d'Etat a été, en effet, amené à distinguer suivant la nature de la loi votée, s'il devait accorder aux particuliers, liés par un contrat avec l'Etat, des dommages-intérêts en raison des charges nouvelles, qui leur seraient imposées.

1^o La loi votée est-elle une loi d'ordre général? —

Dans ce cas, elle s'impose obligatoirement à tous. La loi de 1898 sur les accidents du travail, par exemple, est applicable à tous les chefs d'entreprise et un entrepreneur de travaux publics, lié par un contrat vis-à-vis de l'Etat, ne serait pas en droit de se retourner contre celui-ci pour lui demander réparation du préjudice que lui causerait l'application de cette loi « considérant », dit l'arrêt du 10 janvier 1908 du Conseil d'Etat, « qu'en l'absence de toute réserve inscrite dans la loi du 9 avril 1898, le caractère de cette loi s'oppose à ce que le requérant puisse réclamer la réparation du préjudice qu'elle lui aurait causé ».

De même, le législateur pourrait, comme le déclarait M. Milliard à la tribune du Sénat, voter une loi générale des retraites applicable à l'ensemble des patrons et des ouvriers. Les concessionnaires de travaux publics ne sauraient alors émettre la prétention de se soustraire à l'application de cette loi et faire état de leur contrat pour échapper à un surcroît de charges que le législateur aurait entendu imposer à tous les industriels et entrepreneurs de travaux privés. Comment, en effet, justifier la situation privilégiée qui leur serait faite, s'ils pouvaient, au contraire, se retourner contre l'Etat pour obtenir le remboursement de ces nouvelles charges ?

2^o La loi votée ne vise qu'un concessionnaire ou qu'un groupe de concessionnaires de travaux publics.

Deux hypothèses doivent alors être envisagées :

a) La loi a prévu les conditions de son application : Si elle accorde des dommages-intérêts aux concessionnaires, il n'y a qu'à allouer à ceux-ci l'indemnité prévue. A titre d'exemple, nous citerons la loi du 5 décembre 1908 sur le raccordement des voies de fer avec les voies d'eau, qui a prévu (article 3 de la loi) l'allocation d'une indemnité au profit des compagnies de chemins de fer, en raison du préjudice qui pourrait leur être causé.

Dans le cas où la loi refuse de reconnaître tout droit à réparation au profit des particuliers lésés, le Conseil d'Etat doit-il s'en tenir expressément aux termes de cette loi ? Il avait autrefois répondu par l'affirmative :

Par une convention conclue le 18 mai 1865 avec l'Etat, la Compagnie algérienne s'était engagée à mettre à la disposition du Trésor une somme de 100 millions remboursables en 50 ans par annuités calculées au taux de 5,25 % intérêt et amortissement. Le chiffre de 100 millions avait été ultérieurement réduit d'un commun accord à 87 millions. En 1890, la commission du budget de la Chambre, estimant trop onéreuses les obligations de l'Etat, avait demandé au gouvernement d'entamer des pourparlers avec la compagnie, afin d'aboutir à un accord moins onéreux. Les pourparlers engagés ayant échoués, la commission fit introduire la clause suivante dans la loi des finances du 26 décembre 1892. Art. 15 : « La somme de 67.750.434 francs représentant la capital restant dû

au 1^{er} octobre 1892 sur les annuités que l'Etat s'est engagé à verser à la Société algérienne par la convention du 18 mai 1865, approuvée par la loi du 12 juillet suivant, sera payée par anticipation avec les intérêts courus au jour du paiement au liquidateur de la dite société ».

La Compagnie algérienne, qui contestait le chiffre de 67.750.434 francs fixé par la commission, et réclamaît, en outre, une indemnité en raison du préjudice qui lui était causé du fait de la rupture sans droit de son contrat, se pourvut devant le Conseil d'Etat. Mais sa requête fut rejetée « considérant qu'une disposition législative ne pouvait être discutée par la voie contentieuse et qu'il n'appartenait pas au Conseil d'Etat de *statuer sur la demande d'indemnité formée à raison de la privation des avantages qui résultaient du mode de paiement par annuités tel qu'il était prévu au contrat de 1865* ».

La jurisprudence a cependant évolué. Aujourd'hui, la juridiction administrative refuse toujours, bien entendu, d'annuler la loi votée en violation d'un contrat, mais *elle estime que cette loi ne doit avoir aucun effet en tant qu'elle viole le contrat*. Elle renvoie donc le particulier lésé par la loi devant le ministre compétent pour faire régler sa situation conformément aux stipulations de son contrat. (C. d'Etat, 4 août 1911. C^{ie} d'Orléans).

b) La loi n'a pas prévu les conditions de son appli-

cation. C'est alors au contrat de concession qu'il faut se rapporter. Si les parties en cause ont stipulé une indemnité au profit du concessionnaire en cas d'aggravation des obligations qui lui incombent, il n'y a qu'à appliquer le contrat.

Dans le cas contraire, le juge doit rechercher quelle a été la commune intention des parties au moment de la passation du contrat, et allouer ou non, suivant chaque espèce particulière, une indemnité au concessionnaire. Aucune règle générale ne peut être édictée en la circonstance.

§ II. DES RECOURS AU PROFIT DU CONCESSIONNAIRE CONTRE LES ACTES DE L'ADMINISTRATION

Les administrateurs n'ont pas un pouvoir aussi étendu que le législateur. Ils ne peuvent, en effet, apporter des modifications à l'organisation du service de la concession que dans la limite des droits qu'ils tiennent soit de la loi soit du règlement. « L'administrateur », comme l'écrivait M. Berthélémy (*Revue du droit public*, 1904, p. 227) « qui ne peut pas me montrer le texte où il puise l'autorité dont il se dit armé, ne peut rien exiger de moi ».

Dans ces conditions, le concessionnaire peut, afin de se défendre contre les actes de l'administration, user d'un double contentieux :

1^o Le contentieux de la légalité de la réglementation, qui a pour objet de savoir si les mesures édictées par l'administration ont été régulièrement prises .

2^o Le contentieux du contrat qui « comprend nécessairement l'examen des répercussions que la réglementation peut exercer sur l'économie du contrat ¹. »

A). *Contentieux de la réglementation.* — Les actes des administrateurs sont annulés par le Conseil d'Etat dans les cas suivants :

Incompétence. — Tout acte accompli par un fonc-

1. Conclusions de M. Blum. Aff. tramways de Marseille.

tionnaire incompétent est annulé. Ainsi, le préfet de police de Paris n'a pas qualité pour prendre les mesures nécessaires pour assurer l'exécution des traités de concession passés par la ville de Paris et le département de la Seine. Sont donc nuls les arrêtés qu'il prend pour imposer à une compagnie de tramways de fixer de nouveaux horaires, d'augmenter le nombre des voyages par jour, etc... (Conseil d'Etat; 30 juin 1905. Sirey 1907, III., p. 87).

Violation de la loi et des droits acquis. — Est également annulé tout acte accompli par un administrateur en dehors des pouvoirs qu'il tient de la loi ou du règlement.

Ainsi, le ministre des travaux publics n'a pas le pouvoir de modifier le nom d'une station, « considérant » est-il mentionné dans un arrêt du Conseil d'Etat du 11 mars 1898, « qu'en l'absence de toute disposition de loi ou de règlement, les rapports de l'Etat avec les compagnies de chemins de fer sont réglés par le cahier des charges des concessions; qu'aucune disposition législative ou réglementaire n'autorise le ministre à soutenir qu'en vertu de ses pouvoirs généraux et indépendamment de toute stipulation du cahier des charges annexé à la concession intervenue entre l'Etat et la Compagnie du chemin de fer du Nord, il peut enjoindre à celle-ci d'attribuer le nom de Gouy à la halte de Gouy-Cahon..

Le préfet de police ne peut également pas, sans

excéder ses pouvoirs, enjoindre à une compagnie de tramways d'avoir dans ses bureaux un nombre déterminé d'agents chargés de l'appel des numéros d'ordre et du service de la correspondance. (Conseil d'Etat 30 juin 1905. Compagnie des Tramways de Paris et du Département de la Seine. Sirey. 1907. III. p. 87)¹.

Vice de forme. — Sont également annulés les arrêtés pris par un fonctionnaire compétent pour le faire et dans la limite des pouvoirs qu'il tient de la loi, mais entachés d'un vice de forme. (Conseil d'Etat, 6 décembre 1907. C¹^e du Nord et autres).

Détournement de pouvoir. — Enfin, pour en finir avec les cas de recevabilité des recours en annulation, nous mentionnerons le détournement de pouvoir.

C'est, en effet, dans l'intérêt du public que doivent être prises par l'administration les mesures destinées à assurer la bonne marche d'un service public. En conséquence, toute mesure qui n'aurait d'autre but que de favoriser des intérêts particuliers ou des entreprises concurrentes serait annulée. De même, serait annulée toute mesure qui n'aurait manifestement d'autre but que d'acculer le concessionnaire à la déchéance, de le frustrer de sa concession sans passer par la procédure de rachat. (Conclusions de M. Blum. Affaire tramways de Marseille).

B) Contentieux du contrat. — Dans le cas où le pou-

1. Voir dans le même sens. Conseil d'Etat, 28 février 1908. Métropolitain. Sirey 1910, III, p. 67.

voir de réglementation des administrateurs serait reconnu légal par le Conseil d'Etat, les concessionnaires ne seraient-ils pas fondés à demander à l'administration une indemnité en raison des charges nouvelles qui leur seraient imposées ?

Bien entendu, nous faisons abstraction ici de l'hypothèse fréquente, dans laquelle les parties conviennent d'un commun accord des mesures qu'il y a lieu de prendre : généralement, par exemple, l'administration concédante permet aux concessionnaires de prélever sur le public, à titre de dédommagement, des taxes plus fortes.

Mais si les parties n'arrivent pas à une entente, quel sera le rôle du juge administratif ?

Dans quel cas devra-t-il accorder une compensation aux concessionnaires ?

Deux hypothèses doivent être envisagées. :

1^o *Le contrat a prévu les modifications possibles.* Il convient alors d'appliquer le contrat.

Ainsi, si les cahiers des charges des compagnies concessionnaires pour l'éclairage d'une commune par le gaz ou l'électricité stipulent que ces concessionnaires seront exempts d'acquitter les taxes d'octroi sur les matières premières qui servent à la fabrication du gaz ou de l'électricité, la commune concédante ne sera pas en droit d'exiger le paiement de ces taxes. Si celle-ci prétendait violer le contrat, il appartiendrait dans ce cas aux concessionnaires de demander au Conseil

de Préfecture le remboursement des droits ainsi perçus avec les intérêts à courir du jour de la demande introductive d'instance.

Par contre, si le contrat prévoit que les modifications apportées à l'organisation du service ne donneront pas lieu à indemnité, les concessionnaires ne pourront rien réclamer de l'administration et il n'y aura qu'à s'en tenir aux stipulations contractuelles.

A titre d'exemple de ce genre, nous citerons diverses clauses contenues dans les cahiers des charges des concessions de chemins de fer d'intérêt local, approuvés par le décret du 6 août 1881.

ART. 1^{er}. — L'administration pourra ordonner d'office, les modifications dont l'expérience ou les changements à opérer sur la voie publique feraient reconnaître la nécessité. *En aucun cas, ces modifications ne pourront donner lieu à indemnité.*

ART. 40. — Le concessionnaire est tenu de se conformer aux prescriptions des arrêtés, qui sont pris par les préfets pour l'exécution des dispositions qui précèdent. *Toutes les dépenses qu'entraîne l'exécution de ces prescriptions sont à la charge des concessionnaires.*

2^o *Le contrat n'a pas prévu les modifications possibles.* Une distinction doit être faite :

a) L'acte administratif portant modification au contrat est-il un acte, qui s'impose obligatoirement à tous les citoyens ? Dans l'affirmative, le concessionnaire devra obéir aux injonctions de l'administration sans pouvoir réclamer une indemnité.

Exemple : Le maire est en droit d'arrêter la circulation dans les rues soit en raison d'une fête nationale, soit en raison d'événements graves, tels qu'une grève et les concessionnaires des transports en commun se trouvent dans l'obligation d'obéir aux prescriptions de l'arrêté du magistrat municipal, sans qu'une indemnité leur soit due, même s'ils établissaient que cette réglementation leur a causé un préjudice grave.

b) L'acte administratif ne vise qu'un concessionnaire ou qu'un groupe de concessionnaires. — Il appartient alors au Conseil de Préfecture de rechercher quelle a été la commune intention des parties au moment où elles ont contracté.

Dans ces conditions, la solution variera suivant chaque espèce particulière et les circonstances de la cause.

Toutefois, des divers arrêts rendus par le Conseil d'Etat, il est possible d'édicter certaines règles générales. Nous les résumerons ci-dessous en reprenant l'exemple que nous avons cité plus haut, relatif à l'établissement des taxes d'octroi :

a) *Lorsque le contrat a été passé, il n'existait aucune taxe d'octroi.* — Le concessionnaire peut alors demander à l'administration de le dédommager du paiement des taxes nouvellement établies. Les prix de fourniture du gaz ou de l'électricité sont, en effet, établis d'un commun accord par les parties contractantes, en raison du prix d'achat des matières premières rentrant dans la fabrication de ces produits. Serait-il

équitable que la commune concédante put imposer d'elle-même des charges nouvelles aux concessionnaires sans être tenue de dédommager ces derniers ? Tel est le sens d'un arrêt rendu par le Conseil d'Etat le 9 avril 1897 (ville de Montluçon) ainsi conçu : « Considérant qu'il résulte de l'instruction qu'à l'époque où la compagnie requérante a conclu avec la ville de Montluçon un traité pour l'éclairage de la commune par le gaz extrait de la houille, aucune taxe n'était établie sur le charbon ; que c'est en tenant compte de cet état de choses que les parties contractantes sont convenues des prix fixés tant pour l'éclairage public que pour l'éclairage privé ; que dans ces conditions, la ville de Montluçon *n'a pas pu sans porter atteinte au traité qu'elle avait passé*, exiger de la compagnie du gaz le paiement d'une taxe d'octroi frappant une matière première employée à la fabrication du gaz ».

b) Lorsque le contrat a été passé, il existait déjà des taxes d'octroi sur les matières premières rentrant dans la fabrication du gaz ou de l'électricité. — Il ne peut donc s'agir que de l'augmentation de ces taxes. Fera-t-on, dans ce cas, un grief au concessionnaire de n'avoir pas prévu l'élévation du taux de la taxe et le rendra-t-on seul responsable de cette faute ? Mais, une objection se présenterait immédiatement. Serait-il juste que l'administration contractante pût modifier de sa propre autorité une situation qu'elle aurait contribué à créer et bouleverser ainsi l'économie

d'un contrat, auquel elle aurait été partie ? Ne serait-ce pas permettre à l'administration d'acculer, suivant son bon plaisir, les concessionnaires à la ruine ?

Certes, « la puissance publique peut toujours » suivant l'expression de M. le Commissaire du gouvernement Romieu (Affaire Bardy; Conseil d'Etat; 29 décembre 1905), « dans l'exercice des pouvoirs qui lui sont conférés par la loi prendre les mesures d'autorité réglementaires ou fiscales, qu'elle estime nécessaires en vue des besoins de la vie collective auxquels elle est chargée de pourvoir ; mais, si ces mesures légales et légitimes en elles-mêmes, aggravent d'une manière directe les charges des contrats passés par elle pour l'exécution de ses services publics avec ses entrepreneurs, ses fermiers, ses concessionnaires, dans des conditions ou des proportions qui n'ont pu entrer dans les prévisions des parties contractantes, elle doit en supporter les conséquences pécuniaires, comme cela aurait lieu si elle exécutait elle-même le service ».

§ III. — DES RECOURS AU PROFIT DU CONCESSIONNAIRE EN CAS DE MODIFICATIONS APPORTÉES A L'ACTE DE CONCESSION PAR UNE ADMINISTRATION AUTRE QUE L'ADMINISTRATION CONCÉDANTE.

Le contrat de concession peut être modifié dans certains cas exceptionnels par une administration autre que l'administration concédante. Bien entendu, il ne saurait être question de modifications directes apportées aux clauses d'un cahier des charges par un administrateur qui n'aurait pas qualité pour le faire. Un préfet ou un maire, par exemple, ne seraient pas en droit d'imposer à une compagnie de chemins de fer d'intérêt général de mettre en circulation un nombre de trains supérieur à celui prévu par le contrat. Il y aurait dans cette hypothèse un abus de pouvoir trop flagrant et l'acte administratif serait indubitablement annulé par le Conseil d'Etat, comme entaché d'incompétence.

Mais, ces mêmes administrateurs ne pourraient-ils pas intervenir indirectement et troubler profondément l'économie du contrat de concession ?

Envisageons le cas suivant : Une commune vote des surtaxes d'octroi ou des taxes de stationnement. Les concessionnaires de l'Etat ou du département qui seront dans l'obligation d'acquitter les taxes récemment votées, pourront-ils se retourner vers l'adminis-

tration concédante pour lui demander de les aider à supporter ces charges nouvelles ? A notre avis, la question doit être tranchée par l'affirmative. « Il n'y a pas à distinguer », en effet, comme l'écrit M. Jèze (*Revue du droit public*, 1908, p. 63) « suivant que les auteurs de la nouvelle règle de droit sont ou ne sont pas les auteurs, qui ont conclu le traité avec l'entrepreneur ou le fournisseur ». L'administration française est une et indivisible. Quelle que soit l'autorité administrative créatrice de la nouvelle règle de droit, l'administration tout court doit, croyons-nous, réparer le préjudice causé par elle à un particulier. A la vérité, dans l'exemple que nous avons cité, l'Etat, si une action était intentée contre lui, pourrait appeler en garantie l'autorité administrative qui aurait imposé des charges nouvelles au concessionnaire. Mais, ce dernier serait en droit, en bonne justice, d'obtenir une indemnité à titre de dommages-intérêts.

CHAPITRE V

De l'imprévision dans le contrat de concession.

Les contrats de concession interviennent toujours pour de longues années. On peut donc dire avec M. Berthélémy¹ qu'en matière de concession, l'imprévision est fatale. Les parties sont, en effet, le plus souvent dans l'impossibilité absolue de prévoir, au moment où elles contractent, toutes les éventualités qui viendront à se produire. Nous en avons eu un exemple typique avec les sociétés gazières : ces dernières avaient été chargées de la fabrication et de la vente du gaz d'éclairage et personne n'avait songé au moment de la passation du contrat aux nombreux sous-produits qui pourraient être tirés de cette fabrication.

La récente guerre de 1914, ainsi que les répercussions profondes qu'elle pourrait avoir sur les contrats de concession n'avaient également pas été envisagées.

1. *Revue politique et parlementaire*, année 1917. Communes et Gaziers.

La question s'est donc posée de savoir si, en raison d'événements imprévus et même imprévisibles, les stipulations du cahier des charges des concessions devaient être modifiées et si, dans l'affirmative, les concessionnaires étaient fondés à conserver leur situation ?

Ce sont les compagnies gazières, qui ont eu le triste privilège de porter cette question devant la juridiction administrative :

La plupart d'entre elles se trouvaient, pendant la guerre, dans une situation très difficile. Elles ne pouvaient, d'une part, exiger des particuliers que les prix fixés par leur cahier des charges et elles voyaient, d'autre part, leurs frais de production augmenter dans d'énormes proportions, en raison de la hausse exorbitante des prix du charbon, du frêt et de la main-d'œuvre.

Devaient-elles être seules à supporter les aléas du marché ? N'étaient-elles pas en droit de demander aux communes concédantes de les aider à faire face aux charges qui leur incombait ?

La jurisprudence des Conseils de Préfecture fut divisée sur ce point. Cependant, ces tribunaux rejetèrent le plus souvent les demandes des compagnies concessionnaires : « Considérant que l'article 1134 du Code civil spécifie que la convention tient lieu de loi aux parties et que les conventions ne peuvent être modifiées sans le consentement mutuel des parties....

Considérant que si le juge peut déclarer résiliée ou nulle la convention intervenue entre les parties, il ne peut légalement ni créer un contrat nouveau, ni modifier un contrat existant en dehors du consentement mutuel des parties ou contre le consentement de l'une d'elles ; que l'on comprendrait mal que son droit ainsi limité, le juge puisse toucher sans ce même consentement aux conditions qu'il a édictées ; qu'elles sont l'essence même du contrat ; qu'elles forment un tout qui doit suivre le sort du contrat lui-même » (Conseil de Préfecture de la Gironde ; 23 avril 1915 ; C^{te} d'éclairage de Bordeaux).

Mais, les compagnies gazières ne pouvaient se laisser acculer à la ruine. Elles se tournèrent donc vers le Conseil d'Etat qui trancha la question dans un sens diamétralement opposé à celui des conseils de Préfecture par un arrêt du 30 mars 1916, qui vaut la peine d'être reproduit ici (Compagnie d'éclairage de Bordeaux contre ville de Bordeaux. Sirey 1916. III. p.17) :

« Considérant qu'en principe, le contrat de concession règle d'une façon définitive les obligations respectives du concessionnaire et du concédant ; que le concessionnaire est tenu d'exécuter le service prévu dans les conditions précisées au traité et se trouve rémunéré par la perception sur les usagers des taxes qui y sont stipulées ; que la variation des prix des matières premières constitue un aléa du marché, qui peut, suivant les cas, être favorable ou défavorable au conces-

sionnaire et demeure à ses risques et périls, chaque partie étant réputée avoir tenu compte de cet aléa dans les calculs et prévisions qu'elle a faits, avant de s'engager ; — Mais considérant que, par suite de l'occupation par l'ennemi de la plus grande partie des régions productrices de charbon dans l'Europe continentale, de la difficulté de plus en plus considérable des transports par mer, à raison tant de la réquisition des navires que du caractère et de la durée de la guerre maritime, la hausse survenue au cours de la guerre actuelle dans le prix du charbon, qui est la matière première de la fabrication du gaz, s'est trouvée atteindre une proportion telle que, non seulement elle a un caractère exceptionnel dans le sens habituellement donné à ce terme, mais qu'elle entraîne dans le coût de la fabrication du gaz une augmentation qui, dans une mesure déjouant tous les calculs, dépasse certainement les limites extrêmes des majorations ayant pu être envisagées par les parties lors de la passation du contrat de concession ; que, par suite du concours des circonstances ci-dessus indiquées, l'économie du contrat se trouve absolument bouleversée ; que la compagnie est donc fondée à soutenir qu'elle ne peut être tenue d'assurer, aux seules conditions prévues à l'origine, le fonctionnement du service, tant que durera la situation anormale ci-dessus rappelée ; — Considérant qu'il résulte de ce qui précède que, si c'est à tort que la compagnie prétend ne pouvoir être tenue

de supporter aucune augmentation du prix du charbon au delà de 28 francs la tonne, ce chiffre ayant, d'après elle, été envisagé comme correspondant au prix maximum du gaz prévu au marché, il serait tout à fait excessif d'admettre qu'il y a lieu à l'application pure et simple du cahier des charges, comme si l'on se trouvait en présence d'un aléa ordinaire de l'entreprise; qu'il importe, au contraire, de rechercher, pour mettre fin à des difficultés temporaires, une solution qui tienne compte tout à la fois de l'intérêt général, lequel exige la continuation du service par la Compagnie à l'aide de tous les moyens de production, et des conditions spéciales qui ne permettent pas au contrat de recevoir son application normale; qu'à cet effet, il convient de décider, d'une part, que la compagnie est tenue d'assurer le service concédé et, d'autre part, qu'elle doit supporter seulement au cours de cette période transitoire, la part des conséquences onéreuses de la situation de force majeure ci-dessus rappelée que l'interprétation raisonnable du contrat permet de laisser à sa charge; qu'il y a lieu, en conséquence, en annulant l'arrêt attaqué, de renvoyer les parties devant le Conseil de Préfecture, auquel il appartiendra, si elles ne parviennent pas à se mettre d'accord sur les conditions spéciales dans lesquelles la Compagnie pourra continuer le service, de déterminer, en tenant compte de tous les faits de la cause, le montant de l'indemnité à laquelle la Compagnie a

droit, en raison des circonstances extra-contractuelles, dans lesquelles elle aura dû assurer le service pendant la période envisagée.

ART. 1^{er}. — L'arrêté du Conseil de Préfecture de la Gironde, en date du 30 juillet 1915, est annulé ;

ART. 2. — La Compagnie d'éclairage de Bordeaux et la ville de Bordeaux sont renvoyées devant le Conseil de Préfecture, pour être procédé, si elles ne s'entendent pas amiablement sur les conditions spéciales auxquelles la compagnie a droit, à raison des circonstances extra-contractuelles, dans lesquelles elle aura dû assurer le service concédé ».

Cet arrêt avait été rendu sur les conclusions de M. le Commissaire du gouvernement Chardenet, qui avait soutenu la thèse suivante :

Il faut, avant toute chose, assurer la bonne marche du service public.

D'autre part, le concessionnaire ne peut être privé de sa concession, puisque des fautes graves n'ont pas été relevées contre lui et que la ville de Bordeaux ne désire pas se charger elle-même de la direction de l'entreprise.

Dans ces conditions, il appartient aux parties de s'entendre, et si elles ne parviennent pas à se mettre d'accord, le Conseil de Préfecture sera compétent pour déterminer le montant de l'indemnité à allouer à la Compagnie.

§ 1. ETUDE DE L'ARRET DU 30 MARS 1916.

De violentes critiques ont été dirigées contre l'arrêt du 30 mars 1916, que nous venons de citer, moins pour ce qu'il contient que pour la procédure adoptée :

Le Conseil d'Etat a dit M. Duguit¹, est un juge, qui a tous les pouvoirs des juges, mais n'a que ceux-là. Il ne peut donc statuer que sur les conclusions des parties. De plus, l'appel d'une décision au fond dessaisit entièrement et définitivement de l'affaire la juridiction du premier ressort; c'est ce qu'on nomme l'effet dévolutif de l'appel. Enfin, les juridictions sont pleinement indépendantes les unes des autres et une juridiction supérieure ne peut pas imposer une solution à une juridiction inférieure.

Or, toutes ces règles essentielles ont été mises en échec par l'arrêt du 30 mars 1916.

Y a-t-il lieu de faire un grief au Conseil d'Etat de n'avoir statué que sur le principe de l'indemnité et, par conséquent, sur une partie seulement des conclusions de l'appelant ?

Mais, comme le rappelle M. Berthélémy, c'est là la pratique traditionnelle du Conseil d'Etat et le savant professeur cite à l'appui de son opinion certaines décisions identiques de la haute juridiction administra-

¹. *Revue politique et parlementaire*. Année 1916, p. 264-266.

tive : Compagnie algérienne 1^{er} juillet 1904 ; Fabrique de Saint-Jean de Maurienne ; 30 janvier 1904.

Il n'est pas davantage possible de reprocher au Conseil d'Etat d'avoir méconnu le principe de l'effet dévolutif de l'appel¹. Le Conseil de Préfecture avait, en effet, écarté l'examen de ce qui pouvait être dû par la commune, puisqu'il avait nié le principe de l'indemnité. Sur la question de savoir, quel doit être le montant de l'indemnité, le système qui s'attache avec rigueur au caractère de l'effet dévolutif de l'appel ne risque-t-il pas d'aboutir, en définitive, à la suppression du premier degré de juridiction ?

On peut trouver d'ailleurs plusieurs précédents qui justifient sur ce point la procédure de l'arrêt en question. Nous citerons la décision du 22 novembre 1912 (c^{ie} des Eaux de Rouen. Leb. p. 1077) dans laquelle on retrouve les mêmes solutions que dans l'affaire du gaz de Bordeaux ; annulation d'un arrêt du Conseil de Préfecture de la Seine-Inférieure sur l'interprétation d'une concession d'eau ; renvoi devant le même Conseil pour décider ce que doivent être les conséquences pécuniaires de l'interprétation qu'il avait rejetée². Le Conseil d'Etat est donc resté fidèle à sa jurisprudence en ne statuant que sur une partie des conclusions de l'appelant et en ajoutant que c'était au Conseil de Préfecture qu'il appartenait de fixer le montant de l'indemnité, si la ville et le concessionnaire ne parvenaient pas à s'entendre à l'amiable.

1. En sens contraire, M. Jèze. *Revue du droit public*, 1916.

2. En ce sens, M. Berthélémy.

Mais, ces questions de procédure n'ont qu'une importance toute relative.

Il est autrement important, croyons-nous, d'essayer d'approfondir la question de savoir sur quel principe juridique le Conseil d'Etat a fondé sa jurisprudence et battu en brèche l'ancienne théorie des Conseils de Préfecture, d'après laquelle les cahiers des charges des concessions ne pouvaient être modifiés que par l'accord réciproque des deux parties ?

Le principe sur lequel le Conseil d'Etat a fondé son arrêt consiste dans l'*extension de la théorie de l'imprévision à l'interprétation des contrats de concession*.

Cette extension, disait M. Chardenet, commissaire du gouvernement, n'est pas nouvelle : elle est admise dans l'interprétation de tous les contrats administratifs. De plus, elle présente le gros avantage de contribuer à la bonne marche des services publics.

Sur le premier point des conclusions de M. Chardenet, nous croyons pouvoir objecter que jamais la question de l'imprévision n'a revêtu le même aspect que dans l'affaire du gaz de Bordeaux : Il convient, en effet, d'écarter de prime abord les cas dans lesquels l'économie du contrat a été troublée du fait du concédant lui-même, comme lorsque certaines communes ont voté, par exemple, des taxes d'octroi qui n'existaient pas au moment de la passation du contrat, et imposé ainsi des charges nouvelles aux concessionnaires. Dans ces hypothèses, il y avait sinon une faute,

du moins un fait des parties qui permettait d'appliquer sans conteste la théorie de l'imprévision.

Il y a lieu également de négliger d'autres décisions du Conseil d'Etat, dans lesquelles il a été fait application de la théorie de la force majeure. Comme exemple de ce genre, nous mentionnerons entre autres un arrêt du 29 janvier 1909 : La Compagnie des Messageries maritimes, empêchée d'exécuter un service postal du fait d'une grève des officiers de la marine marchande, s'était vu infliger une amende en application des dispositions de son cahier des charges. Elle s'était alors pourvue devant le Conseil d'Etat, qui avait ordonné la restitution de l'amende, un événement de force majeure ayant empêché la Compagnie d'exécuter ses obligations.

Dans ces derniers cas, il s'est toujours agi, nous le répétons, de l'application des articles 1147 et 1148 du Code civil que l'on peut résumer par l'adage suivant : « A l'impossible, nul n'est tenu ». Dans l'affaire Gaz de Bordeaux, au contraire, la compagnie souffrait bien d'un fait imprévu, *mais non d'un cas de force majeure*, puisque la guerre n'a jamais été considérée comme tel.

C'est donc la théorie de l'imprévision toute seule — dégagée de la théorie de la force majeure — que le Conseil d'Etat a appliquée en l'espèce.

Nous aurons à nous demander si cette théorie est juridique ; si elle est équitable et en même temps si elle contribue, comme le disait M. Chardenet, à la bonne marche des services publics.

1^o *La solution de l'arrêt est-elle juridique ?*

Si l'on s'en tient strictement, comme l'a fait la jurisprudence des Conseils de Préfecture, à l'article 1134 du Code civil, aux termes duquel « les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites », il peut paraître difficile de justifier l'arrêt du 30 mars 1916.

Mais, l'idéal des juridictions civiles ou administratives ne doit-il pas être avant tout « d'observer l'équité et d'assurer l'exécution de la commune intention des parties ? »¹.

Dans l'affirmative, il ne peut échapper à personne qu'il faut tenir compte aussi bien en droit administratif qu'en droit civil de la théorie de l'imprévision. Au demeurant, ne peut-on pas dire que le Code civil l'a lui-même fait dans une certaine mesure, puisque l'article 1150 stipule : « le débiteur n'est tenu que des dommages et intérêts qui *ont été prévus* ou qu'on a *dû prévoir* lors des contrats ».

Dans l'espèce gaz de Bordeaux, la question que devait trancher le Conseil d'Etat n'était donc pas celle de savoir si la convention tenait lieu de loi aux parties, mais bien celle-ci : les faits invoqués par la compagnie gazière (hausse exorbitante du fait de la guerre, des prix du charbon, du frêt et de la main-d'œuvre) sont-ils des événements qu'on n'a pas pu prévoir lors de la passation du contrat ?

1 . En ce sens, M. Berthélémy.

Aussi, en décidant, en fait, que les parties en cause n'avaient pas pu prévoir ces événements ainsi que leurs conséquences, et en recherchant quel avait été l'esprit qui avait présidé aux accords d'où était sortie la concession, le juge administratif a fait une stricte application de l'article 1156 du Code civil.

2° La solution de l'arrêt est-elle équitable ?

Sans aucun doute. Quelle pouvait être, en effet, la commune intention des parties au moment de la passation du contrat, si ce n'est de permettre à un service public de rendre à tous, les services qu'on est en droit d'attendre de lui et de donner en même temps les moyens au concessionnaire de ne pas courir infailliblement à la ruine ?

En vérité, le concessionnaire doit supporter les aléas du marché, mais, lorsque des événements imprévus le mettent dans l'impossibilité de remplir ses obligations, le concédant doit lui venir en aide dans le but d'assurer la bonne marche d'un service public.

Tel est le sens des conclusions de M. Chardenet, dont nous croyons devoir citer le passage suivant :

« Lorsqu'on se trouve en présence d'événements, qui viennent troubler profondément l'économie du contrat, qui mettent le concessionnaire dans l'impossibilité absolue d'exécuter son marché dans les conditions où ce marché a été conclu et existe, il faut faire face à cette situation nouvelle que les parties n'avaient

en rien pu prévoir; il faut y faire face tant qu'elle subsiste : les nécessités du service public l'exigent. C'est alors à la puissance publique, à qui incombe, à l'égard de tous, la responsabilité du service, d'intervenir et de prendre les mesures indispensables pour surmonter les difficultés exceptionnelles rencontrées momentanément. Deux solutions pourraient être envisagées. En premier lieu, la puissance publique, le concédant, prendrait, pendant cette période de difficultés, l'exécution du service; il assurerait le service en régie et à ses frais, car, nous le répétons, il ne peut être question d'imposer au concessionnaire la charge des dépenses qu'exige le service. Cette solution aurait de graves inconvénients. Est-il besoin de montrer qu'elle ferait supporter par le concédant toutes les conséquences résultant des événements de force majeure, des difficultés exceptionnelles rencontrées et imprévues lors de la passation du contrat ? Le concessionnaire laisserait tranquillement les événements se dérouler, puis, l'ère des temps difficiles une fois passée, il reprendrait l'exploitation de la concession et il serait certain de réaliser les bénéfices qu'elle peut comporter sans avoir couru aucun risque. Une semblable solution ne saurait être admise; elle serait contraire à toute équité. La seconde solution qu'on peut envisager est la suivante : La puissance publique, le concédant, exigera du concessionnaire l'exécution du service, à laquelle il est tenu par son contrat; mais, la puissance

publique aura à tenir compte au concessionnaire — soit en lui allouant des indemnités, soit en restreignant les obligations, dont il est tenu, soit par tout autre arrangement — de l'excédent des charges dépassant le maximum des difficultés ou le maximum de l'amplitude des variations économiques, dont la prévision était possible au moment où l'on avait contracté. La puissance publique est tenue de le faire, puisque, au delà du maximum des difficultés qu'on pouvait prévoir, le concessionnaire ne serait pas tenu d'assurer le service en vertu de son contrat, à raison des événements qui se sont produits. *On est en dehors du contrat*, passez-nous l'expression. Le concessionnaire ne peut être tenu à faire face à des sujétions extra-contractuelles, que si la puissance publique lui donne le moyen d'y faire face, si elle supporte les dépenses au delà des limites que nous venons d'indiquer, et qui sont celles résultant d'une saine interprétation du contrat.

Et, remarquez-le bien, ce n'est pas là enrichir le concessionnaire, ce n'est pas le mettre à l'abri de tous les risques, c'est seulement le mettre en état de continuer à assurer le service public, dont le fonctionnement se trouve menacé à raison des faits que les parties ne pouvaient en rien prévoir et qui ont porté une grave atteinte à l'économie du contrat. Une fois la période de difficultés passée, on reviendra à l'exécution normale du marché ».

3^e Conséquences de l'arrêt du 30 mars 1916.

A l'égard des compagnies. — Le Conseil d'Etat, en même temps qu'il engage les deux parties à s'entendre à l'amiable, reconnaît à la compagnie gazière un droit formel à indemnité. Dans la généralité des cas, une transaction amiable est intervenue entre les parties.

Mais, lorsque celles-ci ne parviennent pas à un accord, c'est le Conseil de Préfecture qui doit déterminer le montant de l'indemnité que la ville est dans l'obligation de verser au concessionnaire.

D'après quelle règle, le juge évaluera-t-il cette indemnité ? Après expertise et suivant chaque espèce particulière, doit-on répondre.

Ainsi, si la Compagnie gazière a le double privilège de la distribution du gaz et de l'éclairage électrique, le ville est fondée à exciper des bénéfices qui résultent pour la compagnie de cette situation particulière. Dans ce cas, il y a lieu de « ventiler les bénéfices électricité avec les pertes gaz ». (Société du gaz et de l'électricité contre ville de Nice. Sirey 1920 III. p. 25. Conseil d'Etat; 27 juin 1919).

De même, si les sous-produits de la fabrication du gaz (cokes, goudrons, benzols, etc.) viennent à augmenter, il conviendra de compenser les bénéfices réalisés par la compagnie sur la vente de ces sous-produits avec les pertes subies par elle sur la vente du gaz d'éclairage...

A l'égard des villes. — Le Conseil municipal peut, à

son choix, offrir une indemnité au concessionnaire ou lui proposer un relèvement des tarifs. Le plus souvent, les litiges de ce genre entre les compagnies et les communes ont été solutionnés par un relèvement des tarifs.

En cas de désaccord des parties sur ce point, quel sera le rôle du Conseil de Préfecture ?

Il devra se borner à comparer les offres des municipalités aux pertes et risques des compagnies et ne pourra relever lui-même le tarif de vente du gaz aux particuliers.

Mais, quelle sera la situation si le relèvement du tarif offert par le Conseil municipal est trouvé insuffisant aussi bien par le concessionnaire que par le Conseil de Préfecture ?

Ici, nous souscrivons entièrement au raisonnement que fait M. Berthélémy. Dans cette hypothèse, écrit-il, la ville sera en droit de dire au concessionnaire : « Je ne vous dois une indemnité que si j'exige de vous la continuation du service. Il est entendu que si je ne vous dédommage pas, vous êtes excusable de ne pas exécuter. Mais, à mon tour, si vous n'exécutez pas, je suis en droit de résilier. Il ne s'agit ici ni de déchéance ni de mise en régie à vos risques. Il s'agit de la rupture d'un contrat dont l'équilibre est irrémédiablement renversé, parce que ni vous ni moi n'avons escompté les événements dont nous nous plaignons l'un et l'autre. Je ne vous demande pas de dommages-intérêts : il n'y a pas de votre faute. Ne m'en demandez pas de votre

côté. Vous n'avez rien à me reprocher. Rompons ».

Il est équitable, en effet, que la doctrine de l'imprévision ne soit pas invocable au profit d'une seule des parties. Si l'on accepte que le concessionnaire dise : Si j'avais prévu le risque présent, je n'aurais pas traité, il faut également admettre que la ville puisse répondre : Si j'avais prévu que vous n'acceptiez pas l'intégralité des risques, je ne vous aurais pas promis l'intégralité des bénéfices. Nous nous sommes trompés. Rompons. »

A l'égard des tiers — L'arrêt du 30 mars 1916 ne s'occupe pas des rapports entre la compagnie concessionnaire et les consommateurs. M. le Commissaire du gouvernement Chardenet avait, dès le début de ses conclusions, écarté la question.

« Le débat n'est pas engagé, disait-il, avec les abonnés du gaz de la ville de Bordeaux et, au surplus, s'il l'avait été, vous n'auriez pu à leur égard que décliner votre compétence; c'est à l'autorité judiciaire qu'il appartient de connaître des difficultés, auxquelles peuvent donner lieu des contrats d'abonnement ».

Toutefois, il y a lieu de se demander si, — dans l'hypothèse où la commune et le concessionnaire tomberaient d'accord pour relever le tarif de consommation — le nouveau prix de vente du gaz se substituerait à l'ancien et s'imposerait obligatoirement

au public ? La réponse ne peut faire aucun doute¹. Le tarif est, en effet, une partie de l'organisation du service public. L'acte de concession du service public, en tant qu'il fixe le tarif, est un règlement qui a pour point de départ de son application, la publication. Le public ne peut donc bénéficier des avantages résultant du fonctionnement des services publics que dans les conditions fixées par l'acte réglementaire qui organise ces services.

1. Voir en ce sens. Jugement du tribunal civil de la Seine du 10 mai 1916 cité plus haut. Aff. Delille.

§ 2. IMPORTANCE DE L'ARRÊT DU 30 MARS 1916

A la suite de l'arrêt gaz de Bordeaux, il a été soutenu qu'il ne pouvait s'agir que d'un arrêt d'espèce.

Dans une circulaire du ministère de l'Intérieur du 19 août 1916, il est notamment mentionné : « *Si important qu'il soit, l'arrêt du Conseil d'Etat reste jusqu'à présent un arrêt d'espèce*, d'autant plus que la Haute Assemblée paraît avoir tenu compte de ce qu'un maximum de hausse des prix du charbon avait été expressément envisagé par les contractants et que ce maximum avait été considérablement dépassé. Il en résulte que, suivant les termes du contrat et suivant les circonstances de fait, les municipalités, soucieuses de sauvegarder leur responsabilité vis-à-vis de leurs commettants et des tiers abonnés, peuvent estimer avec raison qu'il est de leur intérêt de *résister aux prétentions élevées contre elles* et généralement de soumettre leur cause à l'arbitrage des tribunaux et des experts devant qui les concessionnaires seront tenus de produire leurs livres, comptes et bilans, pour établir leur droit à indemnité et ensuite pour la fixation équitable de cette indemnité ».

Envisagée de cette façon, la décision du Conseil d'Etat est certainement une pure décision d'espèce : Questions d'espèce, par exemple, que celles de savoir

dans quelles conditions l'indemnité sera calculée, quel en sera le montant, etc.

Mais, considéré de plus haut, nous croyons pouvoir affirmer que l'arrêt gaz de Bordeaux est une orientation nettement marquée de la jurisprudence vers une conception plus élargie de la concession de travaux publics.

Il est une confirmation de la nouvelle théorie de l'acte de concession que le juge administratif avait élaborée depuis quelques années.

Nous savons, en effet, que le Conseil d'Etat avait dégagé cette idée fondamentale que, dans la concession de travaux publics, il fallait avant tout assurer la bonne marche du service, même si l'on devait faire plier les termes du contrat. Il avait donc estimé que l'administration n'avait pas pu abandonner son droit d'organiser le service et qu'elle pouvait y apporter à tout instant les modifications désirables, le contrat initial ne constituant « qu'une sorte de mécanisme compensateur destiné à régulariser les relations entre l'entrepreneur et l'administration, mécanisme qui suppose avant tout la primauté du service public¹ ».

C'est porté par cette jurisprudence que, dans l'affaire gaz de Bordeaux, le juge administratif a déclaré

1. M. Hauriou; note sous l'arrêt gaz de Bordeaux. Sirey, 1916.

que, même en présence d'événements imprévus, la compagnie était tenue d'assurer le service public et que la ville était dans l'obligation de l'aider si elle ne pouvait y parvenir par ses propres moyens, parce que *l'intérêt général exigeait la continuation du service.*

CONCLUSION

Au cours de notre étude, nous avons eu l'occasion de constater que la jurisprudence nouvelle a bien consacré la condamnation de l'antique principe, d'après lequel les cahiers des charges des concessions se suffisaient à eux-mêmes.

Du fait que l'on reconnaît à la puissance publique le droit de modifier par voie réglementaire certaines dispositions des cahiers des charges, y a-t-il lieu de crier comme d'aucuns le font, au contrat léonin ?

Ce serait, croyons-nous, oublier :

1^o Que la concession s'analyse en deux actes distincts : un contrat et un règlement, qui obéissent à leurs règles propres. Le contrat, essentiellement de bonne foi, doit être scrupuleusement observé et ne peut pas être modifié sans le consentement des parties. Par contre, le règlement, qui organise le service, est essentiellement modifiable.

2^o Que c'est dans l'intérêt du public et dans son intérêt seul que fonctionnent les services publics.

C'est pour celui-ci, par exemple, que sont installées sur la voie publique des canalisations d'eau et de gaz; c'est pour lui également qu'ont été construites des voies ferrées, des lignes de tramways, etc..

Il est donc naturel que l'administration puisse adapter ces services par voie réglementaire aux besoins toujours renouvelés du public, et soit également en droit de faire face par des mesures appropriées aux événements imprévus qui pourraient survenir au cours de la concession. « Si elle ne le pouvait pas, qui donc le pourrait ? » comme le demandait M. l'Avocat général Nicaïs Gaillard dans ses conclusions devant la Cour de cassation, « ou bien, comment la Société, qui ne va pas toute seule, marcherait-elle ? »

A la vérité, nous n'ignorons pas qu'à côté de l'intérêt général se rencontre toujours l'intérêt du particulier, qui a traité avec l'administration. Nous savons également que celui-ci est dans l'obligation d'engager très souvent de grosses dépenses de premier établissement. Etendre sans cesse ses obligations, lui imposer toujours, sous prétexte que l'intérêt public l'exige, des charges nouvelles, ne serait-ce pas le meilleur moyen de lui ravir ses chances d'amortir les dépenses qu'il a engagées et de l'acculer en même temps à la ruine ?...

Cette observation serait pleinement fondée, si le concessionnaire n'était pas en droit d'exiger de l'administration réparation du dommage qui pourrait lui être causé par l'aggravation de ses obligations.

Mais, tel n'est pas le cas, puisque (ainsi que nous l'avons précédemment indiqué) à chaque charge nouvelle imposée par l'administration correspond une indemnité compensatoire au profit du concessionnaire.

Aussi, le but du concessionnaire— identique en cela à celui de tous les entrepreneurs de l'industrie privée— étant que l'exploitation du service, dont il a la direction, soit rémunératrice, nous ne discernons pas la raison pour laquelle il serait possible d'affirmer que ses intérêts sont sacrifiés.

Au demeurant, les concessionnaires de travaux publics, qui avaient au début soulevé de vives protestations, lorsque l'administration avait entendu user de son droit de réglementer les services, ont compris que leur résistance était injustifiée.

Ils se sont rapidement rendus compte que l'administration ne pouvait leur imposer des charges nouvelles que dans la limite des droits qu'elle tenait de la loi ou du règlement.

D'autre part, ils ont appris par l'expérience, qu'ils pouvaient faire confiance en la justice du Conseil d'Etat — qui a toujours eu le plus grand souci du droit et de l'équité, — soit pour obtenir une indemnité compensatoire en raison des charges nouvelles qui leur seraient imposées, soit pour obtenir l'annulation des actes de l'administration qui n'auraient d'autre but que de les frustrer de l'exploitation du service concédé, sans passer par la procédure du rachat.

Aussi, ont-ils reconnu sans protester plus longtemps le droit à l'administration concédante de veiller à la bonne marche des services publics et de prendre dans ce but les mesures appropriées.

La récente attitude des compagnies de chemins de fer est la preuve la plus parfaite de ce changement de manière de voir chez la plupart des concessionnaires de travaux publics.

Après avoir, en effet, longtemps résisté aux ordres de l'administration et soutenu qu'elles devaient rester entièrement maîtresses de la direction de l'entreprise qui leur était confiée, ces compagnies ont signé avec l'Etat, le 28 juin 1921, une convention qui a réservé au ministre des Travaux publics un rôle si prépondérant, qu'il a été possible de soutenir que ce dernier était resté aujourd'hui — comme pendant la guerre — le grand maître des transports commerciaux !

Vu :

Le Doyen,

BERTHÉLEMY.

Vu et lu :

Le président de la thèse,

BERTHÉLEMY.

Vu et permis d'imprimer :

Le Recteur de l'Académie

de Paris,

APPELL.

BIBLIOGRAPHIE

Aucoc. — *Conférences sur le droit administratif.*

Berthélémy. — *Traité élémentaire de droit administratif.*

Christophle et Augé. — *Traité théorique et pratique des travaux publics*, t. II.

Colson. — *Abrégé de la législation des chemins de fer et tramways.*

Duguit. — *Transformations du droit public.*

Guillouard. — *De la nature juridique des autorisations et des concessions administratives.*

Hauriou. — *Droit administratif.*

Laferrière. — *Traité de la juridiction administrative.*

Lamé Fleury. — *Code annoté des chemins de fer.*

Michoud. — *La théorie de la personnalité morale*, Tome II.

Otto Mayer. — *Le droit administratif allemand*, Tome IV.

Perriquet. — *Traité théorique et pratique des travaux publics.*

Picard. — *Traité des chemins de fer*, t. II.

Pilon. — *Les monopoles communaux.*

Planiol. — *Traité élémentaire de droit civil*, t. II.

Revue politique et parlementaire. — Années 1916 et 1917.

Revue du Droit Public. — Années 1904, 1905, 1907, 1909, 1910, 1916, 1917.

TABLE DES MATIÈRES

Introduction	7
Chapitre Premier. — La concession de travaux publics telle qu'elle était envisagée autrefois	11
Chapitre II. — La concession de travaux publics telle qu'elle est envisagée aujourd'hui	19
Chapitre III. — Régime juridique des deux éléments qui composent la concession de travaux publics	39
Chapitre IV. — Des recours au profit du concession- naire de travaux publics.	61
Chapitre V. — De l'imprévision dans le contrat de con- cession	78
Conclusion	99
Bibliographie	103
